

REFLEXIONES JURÍDICAS
DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Haydée Birgin
Natalia Gherardi
(coordinadoras)

Colec. "Género, Derecho y Justicia"

No. 7

PRESENTACIÓN

En el año 2008, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emprendió un programa de actividades para introducir la perspectiva de género en sus ámbitos jurisdiccional y administrativo como una de las estrategias necesarias para cumplir con las obligaciones constitucionales derivadas del principio de igualdad y del derecho a la no discriminación.

Entre los objetivos de dicho programa, se encuentra la reducción de los obstáculos para acceder a la justicia por parte de las mujeres y los grupos menos aventajados, el cuestionamiento de la supuesta neutralidad de las normas, y la visibilización de los impactos diferenciados que la interpretación de las leyes tiene en los hombres y en las mujeres.

En este marco, el Máximo Tribunal del país, a través de la Coordinación General del Programa de Equidad de Género del Poder Judicial de la Federación y la Dirección de Equidad de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estableció una alianza con la Editorial Fontamara para la realización de la serie “Género, Derecho y Justicia”.

Esta serie y los propósitos que la animan son ahora posibles gracias al decidido apoyo de la Comisión de Equidad de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, integrada actualmente por el Ministro Presidente Juan N. Silva Meza, la Ministra Olga María Sánchez Cordero y el Ministro José Ramón Cossío Díaz.

Esta serie, que hoy se pone a disposición del público, pretende sistematizar algunos de los abordajes teóricos más relevantes sobre la construcción social y cultural del género y su estrecha relación con el acceso y la impartición de justicia.

Asimismo, desea articular las diversas críticas que los estudios de género han puesto sobre la mesa de la disciplina jurídica.

Partiendo del reconocimiento del pluralismo y la diversidad social en el marco de la igualdad democrática y tomando seriamente en consideración los cambios sociales y culturales ocurridos en las últimas décadas en México, resulta imprescindible abordar, desde el punto de vista teórico y práctico, los desafíos que la perspectiva de género y no discriminación presentan a los órganos de impartición de justicia y a la labor jurisdiccional.

Con el lanzamiento de la serie “Género, Derecho y Justicia”, la Suprema Corte de Justicia de la Nación toma parte activa en los debates académicos en la materia, contribuye al intercambio constructivo de saberes y experiencias, y propicia, en última instancia, una mejoría en el acceso a la justicia.

La esperanza es que las discusiones plasmadas en esta serie abonen a la construcción de una sociedad más incluyente y diversa, y a la transformación del quehacer jurisdiccional en el sentido de adoptar la defensa efectiva de los derechos y libertades fundamentales sin discriminación.

MÓNICA MACCISE DUAYHE
RODOLFO VÁZQUEZ

INTRODUCCIÓN

Si nosotros, todos y cada uno, hubiéramos mantenido los derechos y las autoridades del esposo en nuestras propias casas, no tendríamos hoy problemas con nuestras mujeres. Tal y como están ahora las cosas, nuestra libertad de acción ha sido anulada por el despotismo femenino en casa y se encuentra perseguida y dificultada aquí en el foro. Recordad todas las normas respecto de las mujeres con las que nuestros antepasados domearon su licencia y las hicieron obedientes a sus maridos y, sin embargo, a pesar de todas esas restricciones vosotros apenas podéis mantenerlas en su sitio. Si ahora permitís que se quiten esas restricciones y que pongan en un plano de igualdad con sus maridos ¿imagináis que podréis soportarlas? Desde el momento en que ellas se hagan iguales a nosotros, serán nuestras dueñas.

Catón, Cónsul Romano, 195 A.C.¹

Este libro reúne las conferencias dictadas durante 2009 en el marco del Programa de Equidad de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, impulsado por la Coordinación General del Programa de Equidad de Género del Poder Judicial de la Federación. Los trabajos abordan la relación de las mujeres víctimas de violencia con el sistema penal y las dificultades para el acceso a la jus-

¹ La cita fue extraída de *El trabajo de las mujeres a través de la historia*, Centro Feminista de Estudios y Documentación, Ministerio de Cultura Instituto de la Mujer, 1985, p. 35.

ticia. El eje global de la publicación es la preocupación por el modo en que, en relación con este tema, diversos discursos sociales y jurídicos construyen y operan sobre las mujeres. Esto es, *cómo el género funciona dentro del derecho y cómo el derecho funciona para crear género*. Este enfoque implica dirigir la atención al concepto de derecho como *creador* de género, que necesita ser comprendido junto a la idea de que el derecho *tiene* género.² De este modo, es posible analizar el poder del derecho como algo más que una sanción negativa que oprime a las mujeres. El derecho –aunque no sea monolítico ni unitario– también instituye y reproduce diferencias de género y de identidad, contribuye a construirlas y a reforzarlas.

Desentrañar cómo opera la ley en las relaciones entre discurso e ideología, por un lado, y entre estructuras materiales y relaciones de poder, por otro, permite esbozar un marco teórico diferente, capaz de poner en cuestión las categorías de análisis desde las que se han definido conceptos clave como, por ejemplo, el significado del término *igualdad*. ¿En qué consiste la igualdad cuando hay disociación entre la ley y la práctica social? ¿O cuando las políticas no garantizan el ejercicio efectivo de los derechos que resguarda la ley? ¿O cuando los mensajes comunicados mediante la ley son contradictorios con los que prevalecen en otros ámbitos de la cultura? ¿Qué efecto tiene la ley sobre las ideas y las conductas?

La violencia contra las mujeres constituye en la actualidad un tema innegable del debate social y político, y esto es, sobre todo, un mérito del movimiento feminista que desde las décadas de 1960 y 1970 ha luchado para hacer visible ese flagelo y ha promovido acciones para atacar en igual medida sus causas y sus consecuencias. En el proceso de reconocimiento de las dimensiones y las características específicas de este tipo de violencia, han contribuido también los tratados y las convenciones internacionales vinculados con los derechos humanos, entre ellos, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que en 1998 estableció que la violencia contra las mujeres en conflictos armados es un crimen de lesa humanidad.

Paulatinamente, las necesidades y las inquietudes de las mujeres se han ido transformando en demandas y propuestas que han tenido su correlato en una mayor difusión del problema, en acciones de prevención y en la sanción de leyes específicas, entre otros recursos. En ese marco, cada vez más mujeres víctimas de violencia han comenzado a denunciar públicamente la situación de injusticia a la que se vieron expuestas, tanto quienes la han padecido en el interior de sus hogares como aquellas obligadas a soportar los abusos de las guerras. Las denominadas *mujeres de solaz* –eufemismo que esconde la esclavitud sexual a la que esas mujeres fueron sometidas por las fuerzas armadas japonesas en el contexto de la Segunda Guerra Mundial– pudieron quebrar el silencio en los años noventa. Más

² Véase C. Smart, “La mujer en el discurso jurídico”, en E. Larrauri (comp.), *Mujer, derecho penal y criminología*, Madrid, Siglo XXI, 1994, p. 177.

recientemente, también lo han hecho las víctimas de los crímenes de la ex Yugoslavia y de Ruanda.

En efecto, mucho se ha avanzado desde la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos en 1993 hasta la última resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas³ para aumentar los esfuerzos por la erradicación de la violencia contra las mujeres. El reconocimiento y la comprensión de la problemática, la adopción de instrumentos específicos para combatirla, la fuerza con que ha permeado las instancias y los instrumentos generales de derechos humanos, la adopción de legislaciones y políticas sociales nacionales destinadas al tratamiento y la protección de las víctimas, entre otros, permiten dar cuenta de la inclusión de este tema en la corriente principal de los derechos humanos.

En las últimas décadas, también se han producido avances importantes en América Latina. Entre otras acciones, los países han sancionado leyes que establecen políticas públicas en la materia y que a menudo abarcan diversos órdenes (salud, educación, justicia, etc.) y distintas escalas (gobierno federal, estatal, municipal). El desafío, entonces, ya no es consagrar o justificar derechos suficientemente reconocidos en las constituciones de los países de la región y en los tratados internacionales de derechos humanos que han sido ratificados, sino proteger esos derechos y garantizar su ejercicio efectivo. Tal como señalaba Norberto Bobbio: “el problema [...] no es filosófico, sino jurídico y, en sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados”.⁴

Después de tantos esfuerzos a escala internacional y en cada uno de los países, lícitamente cabe preguntarse por qué persiste la violencia contra las mujeres. Sabemos que constituye una situación paradigmática, presente en todas las sociedades y culturas, exacerbada ante conflictos armados y en situaciones de pobreza y exclusión. Sabemos que el lugar social que ocupan las mujeres en el conjunto de la sociedad y en los grupos más vulnerables (como migrantes, indígenas, niñas y adolescentes, entre otros) reúne factores que afectan de manera dramática las condiciones de vida de la población femenina y sus posibilidades futuras de desarrollo personal y colectivo. ¿Habría que revisar, entonces, la conceptualización teórica? ¿Qué razones impiden incluir este problema en una agenda más amplia que involucre a otros actores sociales?

Los marcos legales adoptados en gran parte de los países del mundo, si bien han sido claves en el reconocimiento y la visibilización de una problemática históri-

³ UNGA, Res. A/Res/62/133 de 7 de febrero de 2008.

⁴ Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p. 64.

camente ocultada, también revelan graves deficiencias en su aplicación, producto de la persistencia de prácticas discriminatorias –en especial en el acceso a la justicia–, prejuicios de los operadores de justicia, falta de recursos y debilidad o ausencia de políticas sociales. Las mujeres víctimas de violencia no sienten que puedan resolver su conflicto y, en cambio, se ve fortalecida la sensación de impunidad, que reproduce mayor violencia.

Desde la política social, se cuenta con experiencias disímiles en relación al tratamiento de la problemática. Parte del repertorio adoptado en América Latina y el Caribe en el marco de políticas que buscan generar las condiciones de tratamiento y atención a las víctimas han sido las comisarías para mujeres, las casas de acogida o de refugio y la creación de servicios de asistencia médica y legal. Sin embargo, estas medidas aparecen como experiencias aisladas en relación con una política social más general que alcance a *transversalizar* el quehacer del Estado. Y, en este sentido, tampoco se ha logrado estructurar un movimiento social capaz de organizar y llevar adelante las demandas tendientes a erradicar la violencia contra las mujeres y a orientar la intervención social del Estado.

Una respuesta posible, entonces, a la pregunta sobre la persistencia de la violencia que afecta a las mujeres es la debilidad de las políticas públicas en esta materia. Si esta violencia es resultado de un fenómeno enraizado en la cultura y en las relaciones de poder varón/mujer, obviamente no puede resolverse sólo con leyes y con asistencia psicológica, sino que requiere una política pública integral que abarque el problema en su complejidad. Esa política integral debería considerar la asistencia a las víctimas de este flagelo, pero también debería implementar políticas sociales activas que garanticen el acceso a la justicia, única condición para la eficacia del resto de las acciones y de la cual hoy están excluidos grandes sectores de la población. Esto implica tanto políticas que permitan a las mujeres sostenerse en la denuncia (política de vivienda que otorgue preferencias, subsidios para mantenerse durante un período, capacitación para reinserción laboral, cuidado de los niños/as, etc.), como el desarrollo de una estrategia comunicacional que establezca la condena social al agresor, acción también necesaria para impactar en las pautas sociales que se busca modificar.

En otro orden, la ausencia de datos estadísticos sistemáticos y de investigaciones empíricas acerca de la aplicación de las leyes y de la implementación de políticas en esta área constituye, sin duda, un gran déficit para medir el grado de eficacia en el control efectivo de la violencia contra las mujeres. Se requiere mayor información que permita establecer, entre otros datos, el tipo de violencia, las características de las víctimas, los recursos con que cuentan y los obstáculos que enfrentan para acceder a la justicia. Este tipo de datos resulta imprescindible para diseñar políticas públicas fundamentadas, capaces de impactar efectivamente en el estado de cosas que se busca modificar.

Con estas preocupaciones como horizonte común, esta serie de artículos realiza una exploración de un vasto conjunto de problemas que va desde la conceptualización de la violencia contra las mujeres hasta la revisión de legislaciones y el análisis de diferentes estrategias de acción. En ese recorrido, se interrogan a diversas escalas temas que ponen en evidencia parte de la complejidad a considerar: la distancia entre los avances en materia de leyes y las dificultades de aplicación de esas leyes en distintos países; los límites del derecho penal y el poder punitivo para dar solución a situaciones de violencia contra las mujeres; el impacto del Estatuto de Roma y de la Corte Penal Internacional; el papel de los tribunales de familia y las condiciones que deben cumplir las defensorías públicas para garantizar el efectivo acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad; la importancia estratégica de incorporar la violencia contra las mujeres en la agenda del derecho de interés público, de desarrollo relativamente incipiente en América Latina.

Más allá de las posiciones sostenidas en cada artículo, se puede decir que todos comparten la convicción de que el problema de la violencia contra las mujeres excede el marco del sistema penal –considerado *ultima ratio*, sólo ante hechos que supongan delito–, pero que tanto para la erradicación de ese flagelo como para la asistencia a sus víctimas es imprescindible el desarrollo de políticas integrales y el acceso a la justicia, garantía de efectividad del derecho.

El trabajo de María Victoria Famá postula la necesidad de un abordaje integral e interdisciplinario de la violencia doméstica, capaz de considerar el conjunto de factores complejos que interactúan en este fenómeno, tanto en lo que hace a la prevención como también durante la actuación judicial y en la resolución posterior del conflicto. Su trabajo comienza con una síntesis de los principales lineamientos de la legislación sobre la materia vigente en la Argentina y analiza algunas estadísticas que dan cuenta de la proyección social de este fenómeno en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires. Luego, examina de manera crítica dos perspectivas, a su juicio, necesarias pero parciales o incompletas: la mirada de género y el enfoque penal.

Para la autora, la mirada de género es una herramienta esencial a la hora de realizar un estudio integral en esta área, sin embargo, resulta insuficiente para examinar de modo global los factores que inciden en el fenómeno de la violencia y las diversas modalidades en que ésta se presenta en función de la dinámica propia de cada familia y de los componentes psicológicos de los involucrados. Por su parte –y teniendo en cuenta la experiencia del derecho comparado–, para la autora el enfoque penal también implica una mirada parcial del conflicto, puesto que sólo es eficaz para sancionar al agresor que ha cometido un delito, pero resulta ineficaz para tratar la violencia doméstica en toda su complejidad dado que, entre otras razones, muchas situaciones de violencia no están tipificadas y por esto quedan fuera del ámbito de protección del derecho penal. Además, el sistema penal juzga lo que ya ocurrió, pero prescinde de sus consecuencias futuras, con lo cual no consi-

dera posibles soluciones del conflicto que contribuyan a reformular las relaciones entre las partes involucradas.

Luego, el núcleo del trabajo de Famá se ocupa de dos aspectos principales. Por un lado, señala los componentes que debería considerar el abordaje integral e interdisciplinario que propone, entre los que destaca la implementación de políticas públicas preventivas (capaces de evitar situaciones que supongan la violación de derechos), los ejes a trabajar para garantizar el acceso a la justicia y la necesidad de desarrollar medidas precautorias –previstas en la legislación vigente– para abordar la problemática familiar (a efectos de poner límites inmediatos a la situación de violencia y a revertir los pautas que la sustentan). Por otro lado, resalta la necesidad de analizar la violencia doméstica desde un modelo ecológico que dé cuenta de los diversos procesos, patrones y factores sociales, culturales y psicológicos con una mirada abarcativa, sólo posible desde un trabajo interdisciplinario orientado más a la transformación de esos procesos y pautas que a la sanción jurídica.

Por último, Famá destaca el papel privilegiado que cumple el apoyo terapéutico, social e institucional para contrarrestar la cronificación de la intervención judicial y favorecer que la familia encuentre por sí misma los modos de solucionar sus conflictos. En este sentido, la autora señala la importancia de construir redes de apoyo públicas y privadas, institucionales, sociales y familiares para empoderar a las mujeres víctimas de violencia y evitar las *recaídas* que a menudo se verifican ante la ausencia de recursos emocionales, psicológicos, sociales y económicos para sostener la decisión de poner fin a la situación violenta.

El artículo de Elena Larrauri, “Violencia de género en España”, revisa los principales avances de la legislación española, que en 1989 introdujo en el Código Penal el delito de *violencia doméstica* y que en la primera década de 2000 incorporó, entre otros cambios, la distinción entre *violencia habitual* y *violencia ocasional*, la agravación de la pena en los casos de maltrato dirigido contra la *mujer pareja* o persona especialmente vulnerable y la redefinición del concepto de *violencia de género*.⁵ Larrauri analiza los argumentos que, a raíz de esos cambios, se debatieron en torno del trato diferenciado y del principio de igualdad, y presenta sus propias observaciones al respecto –que no sólo se ocupan de la discusión teórica, sino también de la realidad judicial–: ¿son *iguales* los comportamientos idénticos realizados por el varón y la mujer?, ¿el legislador está autorizado a establecer una presunción basándose en lo que sucede de forma mayoritaria?, ¿qué implicancias

⁵ Ley Orgánica 11/2003 de Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros y Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

tiene que en la práctica judicial se utilicen categorías que dan a entender comportamientos de igual desvalor como, por ejemplo, *agresiones mutuas*?

Siguiendo esa línea de análisis, por un lado, Larrauri alerta sobre la necesidad de investigar el *grado de aplicación* de las leyes, especialmente respecto de la pena de prisión, del recurso para rebajar un grado la pena –infrautilizado por los jueces– y de los programas formativos que, señala, han sido cuestionados por el movimiento feminista. Por otro lado, reivindica la necesidad de desarrollar dispositivos de *evaluación de las leyes*, pero se muestra crítica respecto de cómo se ha llevado a cabo esa evaluación hasta el momento. Entre otros aspectos, es imprescindible poner en relación los datos estadísticos y la efectividad del sistema penal. El aumento de mujeres víctimas fatales muestra implícitamente los límites de este sistema y, en otro orden, las investigaciones parecen desmentir que haya disminuido el número de mujeres que sufren violencia de baja intensidad a manos de su pareja masculina.

Parte de lo que se debería evaluar, entonces, es por qué todos los casos de violencia contra las mujeres se derivan al sistema penal (en lugar de reconocer las intervenciones positivas que podrían realizar servicios sociales locales, organizaciones de mujeres, grupos de asesoramiento jurídico y oficinas de atención a las víctimas, entre otros), a qué se debe la importante cantidad de denuncias retiradas y a qué obedecen las cifras de sobreseimientos (en caso de que sean ciertas). A juicio de Larrauri, el aumento de condenas y la pena de prisión no son indicadores de mayor seguridad o de disminución de la violencia contra las mujeres. Resulta necesario alentar una cultura de la evaluación de las leyes, pero desarrollada de modo tal que garantice la autonomía y la imparcialidad respecto de sus resultados.

Por su parte, Enrique Bacigalupo –en concordancia con el planteo de Larrauri– considera en “La protección de la mujer contra la violencia de género en España” que la sanción de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género culmina una larga evolución de la cultura jurídica española respecto de la dignidad de las mujeres e implica haber reconocido que la violencia de género no es una excepción y que el problema social generado por ese delito no se resuelve con la punición de su autor, sino que se requiere una política social que disponga de medidas adecuadas de reparación para la víctima.

Desde esa perspectiva, Bacigalupo analiza la estructura normativa y las principales medidas que establece la ley española. Señala que no se trata sólo de una ley penal, pues los fines que fija exceden la situación del autor del delito y de la víctima, y considera también la acción sobre el conjunto de la sociedad, mediante medidas concretas en los ámbitos educativo, social, sanitario, publicitario y mediático (medidas orientadas a sensibilizar, prevenir y detectar, que incluyen acciones destinadas a introducir una escala de valores basada en la igualdad entre varones y

mujeres, en la solución pacífica de los conflictos y en el respeto de la dignidad de las personas).

Por otra parte, la ley española consagra derechos de las mujeres víctimas de violencia de género, de manera que la víctima no vea limitada la reparación por las posibilidades económicas del autor del delito –como ocurre por regla en el derecho penal–, sino que queda garantizada una acción *social* de reparación, que incluye, entre otros, servicios de apoyo, atención psicológica, inserción social y asistencia jurídica gratuita (cuando la víctima no cuente con recursos suficientes para litigar). Por supuesto, la administración de estas medidas requiere de un aparato estatal específico que ha tomado forma mediante la creación de organismos especializados (delegaciones, observatorio, juzgados de violencia contra las mujeres, fiscalía, etc.) dependientes de distintas instancias del Estado.

El artículo de Bacigalupo dedica especial atención a los presupuestos conceptuales criminológicos y victimológicos de la Ley Orgánica Integral. Entiende que la definición de violencia que consta en la Exposición de Motivos caracteriza al autor del delito, puesto que se trata de una violencia dirigida sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión. El legislador se ha valido de una técnica descriptiva conocida en criminología, a la que se le asigna cierta importancia para la investigación de los tratamientos adecuados a cada tipo de delincuente. Sin embargo, como bien señala Bacigalupo, la ley no ha sacado consecuencias del tipo de autor que ha descrito en la Exposición de Motivos. Hubiera sido deseable que, junto con la agravación de las penas previstas para estos autores, se hubieran hecho consideraciones precisas sobre el tratamiento penitenciario específico al que deben ser sometidos para evitar su reincidencia al ser puestos en libertad. Y también, que la definición hubiera tenido verdadera trascendencia para la elaboración de los tipos penales, de modo que se incorporara en ellos la actitud subjetiva del autor. Por otra parte, en la medida en que los conflictos entre varón y mujer se circunscriben a una relación de pareja de cierta permanencia, la suposición de que en la violencia de género operan “condicionantes socioculturales” resulta estrecha en la medida en que se alude a conflictos con un alto contenido emocional, aspecto que debería haberse contemplado en la descripción criminológica de este fenómeno.

Por último, Bacigalupo se ocupa de los que considera los aspectos más relevantes y discutidos de la aplicación de la ley. Uno de ellos es si la aplicación de penas agravadas que se prevé para el varón en los delitos de lesiones, malos tratos, coacciones y amenazas es aplicable siempre que se trate de agresión de un varón a una mujer entre los que existió una relación sentimental o si, por el contrario, se requiere una especial actitud subjetiva del autor. Otro problema se refiere a las medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas (salida del domicilio, ale-

jamiento y suspensión de las comunicaciones) y a los casos de quebrantamiento de estas medidas. Una cuestión más es la discusión sobre la justificación de prever para el mismo delito de lesiones una pena más grave para el varón que para la mujer. El artículo de Bacigalupo indica los antecedentes de jurisprudencia respecto de todos estos aspectos y señala con agudeza los argumentos polémicos.

Lucila Larrandart, en “Control social, derecho penal y perspectiva de género” –con un enfoque que también tiene puntos coincidentes con lo planteado por Elena Larrauri– se ocupa de los límites del derecho y el poder punitivo frente a la violencia de la que son víctimas las mujeres. La autora descrea que el derecho penal pueda solucionar conflictos en esta área y operar como prevención. En cambio, adhiere a la corriente que considera que la solución de los conflictos debería reconducirse a otras ramas del derecho o incluso a enfoques ajenos al área jurídica, a una vía donde sus protagonistas puedan encontrar una solución que les resulte satisfactoria.

En su artículo repasa debates y argumentos que sustentan esta posición. Es crítica respecto de la función simbólica del derecho penal y de las corrientes feministas que no admiten que el aumento de la represión y la indeterminación de las conductas no significan una mayor protección para las mujeres. Señala los peligros que entraña el recurso al derecho penal estatal (y, en consecuencia, recomienda evitar su aplicación si no resulta estrictamente necesario) y alerta respecto de la *exclusión de la víctima* (propia del sistema penal, que no atiende los intereses de las víctimas, especialmente cuando se trata de agresiones sexuales) y del *carácter binario* del derecho penal que, frente a un caso concreto, sólo prevé absolución o condena y que la mayoría de las veces no brinda ninguna medida protectora para la persona que ha sido victimizada. Siguiendo a Elena Larrauri y a Alberto Bovino, la autora disecciona el funcionamiento del poder punitivo y el modo en que su racionalidad se ha arraigado en el conjunto de la sociedad.

Larrandart critica la ampliación que las nuevas legislaciones dan al término *violencia*, pues, a su entender, viola el principio según el cual las conductas descritas como delitos deben ser precisas y taxativas. En este sentido, analiza especialmente la definición de violencia vigente en la legislación mexicana, que asigna al término cuatro manifestaciones: física, emocional, económica o sexual.

La autora explora también los alcances y las limitaciones de la justicia penal en los temas de la violencia sexual (intimidación y abuso sexual), el acoso sexual y el femicidio, cuya inclusión como nuevo tipo penal, considera, vulneraría el principio de tipicidad. Su análisis incluye discusiones controversiales, por ejemplo, sobre una eventual discriminación contra los varones (puesto que ciertas conductas serían sancionadas con penas más graves que cuando se cometen contra mujeres) y sobre la existencia de tipos específicos de delitos que sólo podrían ser cometidos por varones.

Preocupada por las concepciones estereotipadas respecto del tipo de violencia que afecta a las mujeres, Larrandart se ocupa también de señalar temas que no han sido abordados con igual énfasis desde los enfoques de género, entre ellos, las mujeres imputadas como autoras o cómplices y como víctimas de delitos en general, y la situación de las mujeres presas. Asimismo, destaca la creciente atención que ciertas teorías le prestan a las diferencias entre las mujeres y reflexiona acerca de los alcances de esas diferencias en el marco del derecho.

Su artículo explica con claridad la necesidad de un diagnóstico que evalúe en qué medida las reformas efectuadas hasta el momento han impactado en la solución del problema que se deseaba atacar y que establezca de qué modo el sistema penal ha resuelto los conflictos. Ese diagnóstico permitiría determinar en qué casos hacen falta modificaciones legislativas y en cuáles, la modificación de prácticas existentes en la judicatura y en los operadores/as. También sería un insumo importante para construir un sistema alternativo más allá del punitivo, capaz de solucionar o mejorar los conflictos en los que las mujeres son parte.

El trabajo de Lorena Fries da cuenta de los aportes que en materia de justicia de género se plasmaron en el Estatuto de Roma –cuyos avances normativos forman parte del proceso mayor de reconocimiento de los derechos de las mujeres como parte integral de los derechos humanos– y en la Corte Penal Internacional –cuyo accionar representa un poderoso incentivo para la reforma de las leyes penales en cada país. El artículo presenta una revisión de ese proceso y de sus resultados a partir del funcionamiento de la Corte Penal Internacional y de las investigaciones sobre crímenes de guerra y de lesa humanidad realizadas por ésta en cuatro países del continente africano.

Como bien señala Fries, el Estatuto de Roma logró transversalizar los intereses de género en el ámbito de la justicia internacional. Es el primer tratado internacional universal que tipifica penalmente un amplio conjunto de conductas (la violación sexual, la esclavitud sexual, el embarazo forzado y la esterilización forzada, entre otras) vinculadas de modo explícito con la violencia de género que afecta a las mujeres en conflictos armados y en situaciones de represión, y que persigue la responsabilidad penal de los que la ejercen.

Por su parte, el funcionamiento de la Corte Penal Internacional ha instituido estándares por lo general más altos que los contenidos en los códigos penales y de justicia militar de nuestros países. Además, gracias a la especificidad del tratamiento de la violencia sexual en las normas de procedimiento y prueba, y a la protección que se brinda a las víctimas de este tipo de violencia, ha quebrado la lógica de centralidad en el acusado, que en muchos casos no consideraba a la víctima. Para Fries, la eficacia de la aplicación de esta normativa se vincula con la incorporación de mujeres a todos los espacios de relevancia en la administración de justicia de la Corte Penal Internacional y, previamente, con la presencia de organiza-

ciones de mujeres en el proceso de negociaciones del Estatuto de Roma, en su instalación y en su funcionamiento.

La autora señala antecedentes obligados de estos avances, tanto desde el ámbito de los derechos humanos como del derecho internacional humanitario, que en diversas medidas han contribuido a instalar el tema en la agenda global, a comprender la complejidad y la especificidad del fenómeno, y a generar instrumentos para abordarlo. Entre otros, menciona las plataformas de acción de las Conferencias Mundiales de la Mujer de Viena y de Beijing, la Declaración de Naciones Unidas sobre Eliminación de la Violencia contra las Mujeres y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y la creación de la Relatoría Especial sobre Violencia contra las Mujeres. También constituyen un antecedente insoslayable los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y para Ruanda, cuyos fallos superaron la concepción jurídica que concebía la violencia sexual en período de guerra como una infracción menor (de atentado al honor y al pudor) y sentaron jurisprudencia al considerar sus diversas formas como crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, y al procesar y sancionar a quienes cometieron esos delitos.

Ahora bien, más allá de estos aportes, la autora advierte que no siempre los avances normativos tienen su correlato en la práctica y que, por lo tanto, es necesario evaluar la pertinencia de las actuaciones judiciales en la persecución penal de los crímenes que tienen como base el género. En este sentido, la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma en 2010 representa un nuevo desafío para las mujeres, puesto que constituye un momento crucial para reafirmar los avances en materia de justicia de género y darles un nuevo impulso. Frías señala al menos tres orientaciones a seguir: profundizar los procesos de transversalización del enfoque de género en la política institucional, mejorar los mecanismos de control interno en materias relacionadas con el acoso sexual y contemplar procesos de formación y capacitación en género y violencia sexual para el personal de la Corte Penal Internacional.

El artículo de María Fernanda López Puleio analiza, desde una perspectiva de género, un tema central para garantizar el ejercicio de los derechos: el acceso a la justicia. En su enfoque, para garantizar que ese acceso sea efectivamente universal, es decisivo reconocer que el principio de igualdad impone un trato diferenciado para los *desiguales* y que, en ese sentido, el Estado es el responsable de garantizar las condiciones necesarias para concretar el paso de la igualdad formal a la igualdad real. En función de esto, desde una dimensión *positiva*, la autora plantea que la defensa pública es una obligación del Estado que, además de proveer asistencia y patrocinio jurídico gratuito –tanto en el ámbito penal como en el civil– a quienes no puedan obtenerlo por sus propios medios, debe atender también otras necesidades implicadas en la posibilidad de alcanzar soluciones jurídicas o de otro tipo, que signifiquen una reparación para las víctimas.

La preocupación por integrar la perspectiva de género en esta materia se funda en que, entre los sectores vulnerables con dificultades para acceder a la justicia, se encuentran diversos grupos sociales de mujeres que, debido a su condición, enfrentan obstáculos específicos (las mujeres en condición de pobreza, las privadas de libertad, las migrantes, las víctimas de violencia, las indígenas, las niñas y las refugiadas, entre otros). Por otra parte, la población *habitual* de las defensorías públicas está conformada hoy por una significativa cantidad de mujeres que necesitan no sólo asistencia jurídica, sino también la protección que les garantice el goce de derechos. Esta realidad, según la autora, exige que se establezcan estructuras organizadas sobre la base de una institucionalización estatal, con autonomía funcional y autarquía financiera, capaces de diseñar y ejecutar bajo una perspectiva de género políticas propias de acceso a la justicia y de garantizar el derecho de defensa en condiciones de igualdad.

La autora analiza las nuevas concepciones en materia de defensorías públicas, deudoras de los avances en la consagración internacional de los derechos humanos y, en el contexto interamericano, de los procesos de democratización y de creación de engranajes supranacional de protección de las personas. En este marco, considera que las *100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad* significan un avance porque plantean una concepción integral de este derecho, establecen acciones específicas para fomentar su aplicación y mencionan especialmente la necesidad de instrumentar mecanismos para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso a la justicia.

López Puleio también releva dos debates acerca del ámbito de cobertura de prestación jurídica y la actuación funcional de las defensorías públicas: el referido a la defensa y el patrocinio jurídico de las víctimas de delito y querellantes, y el referido a la necesidad de constituir defensorías integrales que amplíen la cobertura hacia materias no penales, en especial respecto de familia, menores de edad y derechos económicos, sociales y culturales. Por último, analiza el caso de la Defensoría General de la Nación de la Argentina, ofrece datos estadísticos sobre la asistencia y la representación de las mujeres, describe las políticas activas que ese organismo ha implementado.

Para concluir, cabe recordar que habitualmente las situaciones de violencia individuales son abordadas como conflictos individuales en los que se busca, mediante del derecho y sus procedimientos penales o civiles, una respuesta del ordenamiento jurídico. En ese sentido, los artículos anteriores han presentado diversas consideraciones tanto respecto de las intervenciones posibles a partir del poder punitivo del Estado como de las estrategias que pueden ofrecer los tribunales de familia en el ámbito civil. Sin embargo, también es posible identificar políticas públicas, abordajes institucionales y pautas comunes que pueden ser planteados en otros términos. Por caso, la existencia y las condiciones de los refugios para vícti-

mas de situaciones de violencia intrafamiliar, las subvenciones económicas, las preferencias para planes de vivienda, los planes de capacitación que se ofrecen a mujeres víctimas de violencia. Se trata de políticas públicas que tienen efectos sobre el colectivo de mujeres afectado y que implican, por lo tanto, un cambio político cualitativo.

Agradecemos a las autoras y los autores sus valiosas contribuciones que permiten dar cuenta de la complejidad de las dimensiones que posee el tema que hemos decidido analizar. Confiamos en que la información y las reflexiones que han ofrecido para este libro alienten también el desarrollo de políticas que acompañen el ejercicio igualitario de los derechos y la lucha por la erradicación de la violencia de género.

EFFECTIVIDAD DE LA LEGISLACIÓN ARGENTINA EN MATERIA DE VIOLENCIA DOMÉSTICA: HACIA UNA MIRADA INTEGRAL E INTERDISCIPLINARIA

María Victoria Famá

*La gente no se rebela sólo porque su situación sea mala:
puede sufrir en silencio durante siglos. Se rebela cuando
logra ver que su situación es injusta y puede cambiar.*

Noah Gordon

1. Introducción

En este trabajo analizaré la efectividad de la legislación argentina en materia de violencia doméstica; en particular, acotaré el estudio a la problemática de la violencia en la pareja.

A tales fines, esbozaré los principales lineamientos de la normativa vigente y aportaré datos estadísticos acerca de la proyección social de este fenómeno en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires. En ese contexto, reflexionaré acerca de dos perspectivas del tema en estudio, a mi juicio parciales o incompletas: la mirada de género y el enfoque penal. Para concluir, plantearé la necesidad de proponer un abordaje integral e interdisciplinario de la violencia doméstica, tanto en la etapa preventiva, como en el marco de la actuación judicial y en el seguimiento ulterior del conflicto.

2. La violencia doméstica en la Argentina

Panorama normativo

El problema de la violencia doméstica mereció tratamiento legislativo en la Argentina, por primera vez, con la sanción de la Ley 39 de la provincia de Tierra del Fuego (del 1/10/1992) que creó un procedimiento judicial especial para la protección de las víctimas de este flagelo. Sin embargo, recién el 7 de diciembre 1994, fecha en que se sancionó la Ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar,¹ se difundió esta problemática en todo el territorio del país. En los primeros tiempos, esta norma, que tan sólo cuenta con diez artículos, fue severamente criticada por motivos diversos. Uno de los principales fue el relativo al ámbito territorial de aplicación, pues, paradójicamente, se trata –en teoría– de una ley nacional que contiene aspectos procesales y que, en definitiva, se aplica exclusivamente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El propio artículo 9 de la ley dispone expresamente: “Invítase a las provincias a dictar normas de igual naturaleza a las previstas en la presente”. De todos modos, con el transcurso del tiempo, esta cuestión devino menor y fue superada con la sanción de normas específicas en todas las provincias de la Argentina, lo cual permitió verificar la función pedagógica y ejemplificativa que tuvo la Ley 24.417.

Debido a la falta de espacio y al dispendio que significaría reseñar cada una de estas legislaciones locales, sólo me abocaré aquí a esbozar los principales aspectos que regula la Ley 24.417, aludiré exclusivamente a las normas provinciales al tiempo que algunas de sus disposiciones resulten de particular interés.²

Dado que se trata de una de las primeras legislaciones en la materia, es evidente que esta norma peca de algunas omisiones y merece ser perfeccionada. Sin embargo, pese a su escaso volumen y a ciertas imprecisiones, se constituyó en una herramienta sumamente eficaz para tratar la problemática de la violencia doméstica en el ámbito judicial.³

Si bien la Ley 24.417 no asume una definición integral de la violencia doméstica ni realiza clasificaciones de sus diversos tipos o modalidades, lo cierto es que adopta una conceptualización amplia, que permite incluir en su ámbito de aplicación material las más vastas manifestaciones de este fenómeno. En este sentido, el artículo 1o. alude a “Toda persona que sufriese lesiones o maltrato físico o psíqu-

¹ Boletín Oficial (en adelante BO) del 3/1/1995.

² Un excelente análisis comparativo de las distintas legislaciones locales puede encontrarse en Birgin y Pastorino (2005, pp. 291 y ss).

³ Acerca de la opinión de los distintos operadores y especialistas sobre la eficacia de la Ley 24.417, se recomienda consultar Birgin (2005).

co por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar”. Y agrega que “A los efectos de esta ley se entiende por grupo familiar el originado en el matrimonio o en las uniones de hecho”.

A primera vista, podría decirse que quedan fuera del contexto normativo dos variantes frecuentes, como la violencia económica y la violencia sexual pero, en rigor, estas modalidades pueden subsumirse en el género “maltrato psíquico” que menciona la ley. También resultan excluidas del texto legal las situaciones de violencia que se generan en el marco de una relación de noviazgo sin convivencia, aunque esta carencia ha sido superada por vía judicial, a partir de la amplia interpretación realizada por los tribunales, especialmente a tenor del ejemplo dado por las legislaciones locales sancionadas con posterioridad, que subsanaron esta omisión.⁴

En definitiva, la convivencia no es un requisito necesario a los fines de solicitar el mecanismo protectorio que instala la Ley 24.417, el que resulta aplicable tanto en aquellos casos en que la cohabitación hubiera cesado, así como, también, en los supuestos en que esta nunca se hubiera presentado. Además, y en cuanto a su alcance subjetivo, la norma resulta omnicompreensiva e incluye dentro de su ámbito de protección a cualquier persona víctima de violencia familiar, sea mujer, varón, niño, niña, adolescente, anciano, etcétera.

Tras esta vaga definición, la norma se encarga de exponer uno de sus máximos postulados, que ha venido a marcar el horizonte que delimitará el abordaje de la problemática de la violencia doméstica en la Argentina: la competencia del fuero de familia. Así, dispone que la víctima “podrá denunciar estos hechos en forma verbal o escrita ante el juez con competencia en asuntos de familia y solicitar medidas cautelares conexas” (artículo 1o. *in fine*), y deja la intervención penal como un mecanismo subsidiario cuando, de los hechos, resulte la tipificación de un delito (lesiones, amenazas, privación ilegítima de la libertad, abuso sexual, etc.). Una de las mayores virtudes de la ley es que ha centrado el problema de la violencia doméstica en el seno de la conflictiva familiar, lejos del marco punitivo inherente al derecho penal, y que ha dejado el abordaje de esta problemática en manos de especialistas, mediante herramientas no sólo constrictivas, sino también consensuadas a partir del trabajo interdisciplinario.

Más allá de lo que, luego, se abordará puntualmente en el apartado 3, cabe aquí señalar que la Ley 24.417 y su Decreto Reglamentario 235/96 prevén un proceso muy simple, que tiene el siguiente desarrollo:

⁴ En este sentido, aluden expresamente a las relaciones de noviazgo como contexto de aplicación de las normativas sobre violencia doméstica, entre otras, la Ley 12.569 de la provincia de Buenos Aires (véase artículo 2o.); la Ley 1.918 de La Pampa (véase artículo 2o.); la Ley 4.241 de Río Negro (véase artículo 7o.), que modifica la Ley 3.040; la Ley 7.403 de la provincia de Salta (véase artículo 1o.); la Ley 9.283 de Córdoba (véase artículo 4o.).

- a) Denuncia verbal o escrita, ante la justicia de familia (artículos 1o. y 2o.);
- b) El juez o jueza requiere un diagnóstico preliminar sobre la situación de riesgo,⁵ que deberá llevarse a cabo dentro de las 24 horas de formulada la denuncia (artículo 3o., Ley 24.417, y artículo 6o., Decr. 235/96). Esta evaluación de riesgo puede ser omitida a criterio de la justicia, cuando la denuncia fue acompañada de un diagnóstico producido por profesionales, o instituciones públicas o privadas idóneas en violencia familiar (artículo 6o., Decr. 235/96);⁶
- c) El juez o jueza puede tomar en cualquier momento medidas cautelares (exclusión del hogar, prohibición de acercamiento, alimentos provisorios) con una duración que él debe establecer (artículo 4o.);
- d) Antes o después de haber adoptado estas medidas, el juez puede solicitar la realización de un diagnóstico de interacción familiar (artículo 3o.);
- e) Dentro de las 48 horas de adoptadas las medidas precautorias, el juez o jueza “convocará a las partes y al ministerio público a una audiencia de mediación instando a las mismas y a su grupo familiar a asistir a programas educativos o terapéuticos” (artículo 5o.).

Este es, en definitiva, el proceso acotado y especial que regula a una ley que escapa a las reglas tradicionales en materia de procedimiento. No prevé –más allá de los informes reseñados– la producción de prueba a petición de parte, y tampoco el dictado de una sentencia que ponga fin al proceso ni establezca sanción alguna. En rigor, el trámite se agota con el dictado de las medidas protectorias enunciadas por la ley y con la celebración de la audiencia prevista por el artículo 5o.; más allá del control y seguimiento de la evolución de los tratamientos indicados y del funcionamiento de la dinámica familiar, que queda a criterio de cada juez en atención a las características del caso.

La particularidad de este procedimiento ha llevado a la doctrina a sostener que, pese a la caracterización terminológica, las medidas incluidas en el artículo 4o. de la Ley 24.417, constituyen verdaderas medidas autosatisfactivas (Kemelmajer de Carlucci, 1998),⁷ pues se trata de un requerimiento formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva– con su despacho favorable, en supuestos en los cuales resulta palmario que, si bien concurre una situación “de urgencia” que reclama pronta y eficiente solución jurisdiccional,

⁵ La evaluación de riesgo implica realizar una predicción sobre las posibilidades de que se produzca un determinado evento negativo en el futuro. Tal predicción se basa en la información conocida sobre la historia pasada y el estado actual de una persona o una situación concreta.

⁶ Como se verá luego, debe acotarse que, en la actualidad, el diagnóstico preliminar es realizado por la Oficina de Violencia Doméstica.

⁷ Véase, también, Galli Fiant (2005, p. 307).

no se visualiza la necesidad ni la conveniencia de hacer otra cosa que resolverla prontamente, y nada más (Peyrano, 1998).

Como he dicho, esta breve norma, que delineó un proceso sencillo para el tratamiento de la violencia doméstica, se constituyó en una herramienta eficaz para las víctimas. Además, contribuyó a dar una mayor visibilidad a la problemática de la violencia familiar (Aón, 2008, p. 83). Sin embargo, recientemente, nuestros legisladores ponderaron la necesidad de brindar una normativa específica de protección contra la violencia (ya no sólo doméstica, sino en sus más variados campos y manifestaciones) a quienes se considera sus mayores víctimas: las mujeres. Fue en este contexto que el 11 de marzo de 2009 se sancionó la Ley 26.485⁸ de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales.

Pese a sus loables objetivos, la nueva ley despertó variadas inquietudes, especialmente en lo atinente a su compatibilización con la Ley 24.417, en aquellos supuestos donde las víctimas de violencia doméstica no son sólo mujeres, sino también niños, adolescentes o personas con discapacidad.

La norma se estructura en tres partes. La primera contiene disposiciones generales (tales como el ámbito de aplicación, el objeto de la ley, definiciones y tipos de violencia, derechos protegidos, etc.); la segunda alude a las políticas públicas; y la tercera se refiere al procedimiento y se subdivide en dos capítulos: el primero, destinado a consagrar reglas procesales genéricas especialmente dirigidas a estipular los derechos y garantías mínimas en los procedimientos judiciales y administrativos; y el segundo, reservado a regular un régimen procesal específico sólo aplicable a la jurisdicción de la ciudad de Buenos Aires. En estos términos, el artículo 1o. de la ley es claro al señalar que “Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República, con excepción de las disposiciones de carácter procesal establecidas en el Capítulo II del Título III de la presente”. De todos modos, debe notarse que, haciendo gala de su rol docente, al igual que su antecesora, la Ley 26.485 invita a las provincias a regular en la materia, disponiendo expresamente en el artículo 19 que “Las jurisdicciones locales, en el ámbito de sus competencias, dictarán sus normas de procedimiento o adherirán al régimen procesal previsto en la presente ley”.

Con el propósito de superar la vaguedad conceptual de la Ley 24.417, la Ley 26.485 enumera y define los distintos tipos y modalidades de violencia que pueden perpetrarse contra la mujer en los múltiples ámbitos de su vida de relación. Así, tras definir en sentido amplio la violencia contra las mujeres como “toda conducta,

⁸ Boletín Oficial (BO) del 14/04/2009.

acción u omisión, que de manera directa o indirecta,⁹ tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal” (artículo 4o.), pasa a describir los diversos tipos de violencia comprendidos en esta amplia definición, a saber:

- a) Física, es decir, la que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato o agresión que afecte su integridad física;
- b) Psicológica, la que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal, o que busca degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación o aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia o sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación;
- c) Sexual, que se traduce en cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva mediante amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres;
- d) Económica y patrimonial, es decir, la que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, mediante la: i) perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes, ii) la pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales, iii) la limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna, iv) la limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo;
- e) La violencia simbólica, es decir, la que por medio de pautas estereotipadas, mensajes, valores, íconos o signos, transmita y reproduzca dominación,

⁹ El mismo artículo 4o. de la ley dispone que “Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción u omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”.

desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad (artículo 5o.).

Tras esta enunciación de los tipos de violencia, la ley se aboca a enumerar y definir las modalidades o formas en que se manifiestan estos distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos, aludiendo expresamente a los siguientes:

- a) La violencia doméstica contra las mujeres, es decir, aquella provocada por un integrante del grupo familiar, entendido como tal, en sentido amplio, el originado en el parentesco, sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos, incluidas las relaciones vigentes o finalizadas, y sin ser requisito la convivencia.
- b) La violencia institucional, o sea, aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley (comprende, además, la que se ejerce en los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil).
- c) La violencia laboral, definida como aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados, y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia (exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo); y aquella que quebranta el derecho de igual remuneración por igual tarea, e incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral.
- d) La violencia contra la libertad reproductiva, entendida como aquella que vulnera el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos.
- e) La violencia obstétrica, es decir, aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales.
- f) La violencia mediática, descrita como aquella publicación o difusión de mensajes e imágenes estereotipados a través de cualquier medio masivo de comunicación, que de manera directa o indirecta promuevan la explotación de mujeres o sus imágenes, injurie, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra la dignidad de las mujeres, como así también la uti-

lización de mujeres, adolescentes y niñas en mensajes e imágenes pornográficas, que legitimen la desigualdad de trato o construyan patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres (artículo 6o.).

Vista esta exhaustiva clasificación, cabe preguntarse acerca de sus ventajas e inconvenientes. Se trata de una cuestión de política legislativa adoptada a raíz de los ejemplos aportados por el derecho comparado y los lineamientos genéricos brindados por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (la Convención de Belém do Pará).¹⁰

Pero a diferencia de lo que ocurre con este instrumento internacional que aporta tipologías más generales y comprensivas, la Ley 26.485 se excede, a mi criterio, al enunciar meticulosamente todas las posibles manifestaciones de violencia contra la mujer (se sabe, por otra parte, que nunca se pueden configurar todas las modalidades existentes, pues siempre habrá supuestos no contemplados específicamente por la norma).

Valoro, entonces, el acierto de legislar sobre la violencia contra la mujer en otros ámbitos que exceden el doméstico y se proyectan en toda su vida de relación; lo que resulta desmedido es intentar abarcar en forma minuciosa y detallada tantos supuestos y situaciones que, además, no necesariamente constituyen de por sí violencia (tal es el caso, por ejemplo, de la indiferencia, el abandono, la perturbación de la posesión, la tenencia o propiedad de sus bienes, la pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, bienes y valores, etcétera).

En definitiva, y como bien se ha señalado:

¿Cuál es el sentido de la amplia definición de violencia? La especificidad de los hechos, susceptibles de ser presentados ante jueces y juezas en forma verosímil y cuyos procedimientos se ajusten a los principios de legalidad y debido proceso, son elementos fundamentales para asegurar la efectividad de la norma. Si toda conducta es posible de ser caracterizada como violencia, llegamos a un resultado contrario al esperado: nada es violencia (Birgin, 2009).

Ahora bien, la amplia gama de tipologías y modalidades descritas en los vastos contextos en que se desarrolla la vida de una mujer, determina una consecuente amplia competencia dada por la forma de violencia que se denuncie. Así lo dispone el artículo 22 al decir: “Entenderá en la causa el/la juez/a que resulte competente en razón de la materia según los tipos y modalidades de violencia de que se tra-

¹⁰ Aprobada por la Argentina a través de la Ley 24.632, sancionada el 13/03/1996 y publicada en el BO el 9/04/1996.

te”. La decisión normativa no deja de ser cuestionable, pues, fuera del ámbito de la violencia doméstica, para la cual claramente existen tribunales especializados como lo son los juzgados de familia, es dudoso el abordaje y tratamiento que merecerán otros tipos de denuncias cuando deba intervenir un juzgado completamente ajeno a este tipo de problemáticas y con personal no idóneo para asistirlos.

En estos términos, y más allá de la situación del tribunal laboral que puede estar más habituado a esta clase de conflictos, resulta difícil imaginarse a un tribunal patrimonial interviniendo ante una situación de maltrato emanada de una relación contractual, a un tribunal administrativo interviniendo ante un supuesto de violencia generado en el ámbito de un organismo del Estado o, peor aún, ¿quién devendrá competente para entender en materia de violencia mediática u obstétrica? Estos son algunos de los interrogantes que ha suscitado la norma, pero no los únicos.

Otro de los problemas que ha generado la sanción de la Ley 26.485 es el relativo al régimen procesal especial creado para su aplicación en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, y la dificultad que se presenta al procurar conciliarlo con el proceso ya descrito, consagrado por la Ley 24.417, cuando la violencia, en este caso doméstica, se manifiesta no sólo contra las mujeres, sino también contra otros miembros del grupo familiar, tales como los niños, niñas o adolescentes. Al respecto, la norma sólo enuncia en el artículo 42 que “La Ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar, será de aplicación en aquellos casos de violencia doméstica no previstos en la presente ley”.

El procedimiento creado por la Ley 26.485 difiere en varios aspectos del previsto por su antecesora y, en otros aspectos, no hace más que reproducir normas genéricas estipuladas en los ordenamientos procesales vigentes. Someramente, el proceso reglado es el siguiente:

- a) La mujer, sus representantes –si es menor de edad o persona con discapacidad– e incluso cualquier persona¹¹ puede realizar la denuncia ante cualquier fuero e instancia o ante el Ministerio Público, en forma oral o escrita, guardándose reserva de identidad de la persona denunciante (artículos 21, 22 y 24).
- b) Durante cualquier etapa del proceso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, ordenar una o más de las múltiples medidas preventivas enunciadas por la ley (y comprensivas de un catálogo mucho más vasto que el previsto por la Ley 24.417), de acuerdo con los tipos y modalidades (artículo 26). Deberá, asimismo, determinar su plazo máximo de duración por autofundado (artículo 27).
- c) Dentro de las 48 horas de adoptadas las medidas o –de no adoptarse ninguna– desde el momento en que se tomó conocimiento de la denuncia, el

¹¹ El tema de la legitimación activa para formular la denuncia será desarrollado en el punto “El rol de la justicia” (i).

- juez fijará una audiencia, la que deberá tomar personalmente bajo pena de nulidad. El presunto agresor estará obligado a comparecer, bajo apercibimiento de ser llevado ante el juzgado con auxilio de la fuerza pública. En dicha audiencia, escuchará a las partes por separado bajo pena de nulidad, quedando prohibidas las audiencias de mediación o conciliación, y ordenará las medidas que estime pertinentes (artículo 28).
- d) Siempre que fuera posible, el magistrado podrá requerir un informe que deberá efectuar un equipo interdisciplinario en el plazo de 48 horas, para determinar los daños físicos, psicológicos, económicos o de otro tipo sufridos por la mujer y la situación de peligro en la que se encuentre, y a efectos de que pueda aplicar otras medidas, podrá interrumpir o hacer cesar alguna de las adoptadas. Podrán considerarse, también, los informes elaborados por equipos interdisciplinarios públicos o privados idóneos para el tratamiento de la violencia contra la mujer; se evitará producir nuevos informes que la revictimicen (artículo 29).
 - e) El juez tiene amplias facultades para ordenar e impulsar el proceso, y puede disponer las medidas probatorias que fueren necesarias para indagar los sucesos (artículo 30).
 - f) Ante el incumplimiento de las medidas ordenadas, el magistrado podrá evaluar la conveniencia de modificar las mismas, pudiendo ampliarlas u ordenar otras. Frente a un nuevo incumplimiento, y sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que correspondan, el juez deberá aplicar alguna de las siguientes sanciones: i) advertencia o llamado de atención por el acto cometido; ii) comunicación de los hechos de violencia al organismo, institución, sindicato, asociación profesional o lugar de trabajo del agresor; iii) asistencia obligatoria del agresor a programas reflexivos, educativos o terapéuticos tendientes a la modificación de conductas violentas (artículo 32).
 - g) Las resoluciones que concedan, rechacen, interrumpan, modifiquen o dispongan el cese de alguna de las medidas preventivas urgentes o impongan sanciones, serán apelables dentro del plazo de tres días hábiles. La apelación contra resoluciones que dispongan medidas preventivas urgentes se concederá en relación y con efecto devolutivo. La apelación contra resoluciones que dispongan la interrupción o el cese de tales medidas se concederá en relación y con efecto suspensivo (artículo 33).
 - h) Durante el trámite de la causa, por el tiempo que se juzgue adecuado, el juez deberá controlar la eficacia de las medidas y decisiones adoptadas, ya sea mediante la comparecencia de las partes al tribunal con la frecuencia que se ordene, o mediante la intervención del equipo interdisciplinario, el que elaborará informes periódicos acerca de la situación (artículo 34).

Las diferencias entre el procedimiento regulado por la Ley 26.485 y el resultante de la Ley 24.417 son notables en algunos aspectos esenciales, tales como el impedimento de la audiencia conjunta o la inclusión de sanciones al agresor, cuestiones que serán consideradas con mayor profundidad en el apartado “La violencia doméstica desde la perspectiva de género”. Sólo procuré aquí brindar un panorama general de la situación normativa en la Argentina, para poder luego examinar con mayor detalle algunos aspectos que merecen ser destacados.

El rol de la Oficina de Violencia Doméstica

Un comentario aparte merece la Oficina de Violencia Doméstica (en adelante OVD) creada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante la Acordada 39/06 del 27/12/2006, y puesta en funcionamiento a partir de octubre de 2008. Dicha oficina actúa en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires bajo la autoridad de la Corte Suprema. Sus principales funciones son: a) ofrecer información vinculada con la problemática de la violencia doméstica; b) recibir el relato de los afectados que concurren y labrar las actas correspondientes; c) informar a las personas acerca de cuáles son los cursos de acción posibles según el conflicto que manifiesten padecer, y efectuar, en su caso, las pertinentes derivaciones; d) seguir el funcionamiento de las redes de servicio y derivación que se establezcan; e) disponer la realización de los exámenes médicos, psicológicos, psiquiátricos o sociales que sean necesarios; f) facilitar el traslado de las personas desde y hacia la OVD y los servicios de atención médica, asistenciales, de patrocinio jurídico u otros existentes; y g) realizar el seguimiento de los casos ingresados, elaborar estadísticas y realizar informes de evaluación del funcionamiento de la OVD y del fenómeno de la violencia doméstica.

Para dar cumplimiento a tales fines, la OVD funciona las 24 horas del día, incluidos los fines de semana y los feriados, y se estructura en siete turnos integrados por profesionales letrados, médicos, trabajadores sociales y psicólogos.¹² De este modo, la persona que pretende formular verbalmente la denuncia por violencia doméstica,¹³ a la que aludía el artículo 1o. de la Ley 24.417 y actualmente el artículo 21 de la Ley 26.485, debe concurrir previa y necesariamente a esta Oficina, cuyo personal se encarga de llevar a cabo el diagnóstico preliminar o evaluación de ries-

¹² Conforme Acordada 832/07, publicada en el BO del 30/05/2007.

¹³ Nótese que claramente surge de la Acordada de la Corte Suprema que la OVD sólo está destinada a tratar el tema de la violencia doméstica. Tras la sanción de la Ley 26.485, que incluyó otras modalidades de violencia, será necesario determinar si esta oficina también se alza como organismo prejudicial interviniente en tales casos. Por el momento, queda fuera de su ámbito de actuación el maltrato sufrido fuera del contexto familiar.

go previstos por la Ley 24.417 y su decreto reglamentario. Si la persona presenta lesiones físicas, además de la atención interdisciplinaria realizada por un abogado, un trabajador social y un psicólogo, es atendida, allí mismo, por un médico que determina las posibles causas de la lesión y toma las fotografías pertinentes, en caso de que la denuncia quiera o deba elevarse a sede penal.¹⁴

Cumplido este trámite, e informada la persona acerca de los posibles cursos de acción, la denuncia es elevada al juzgado de familia que resulte sorteado. Debe notarse que hasta el momento, la totalidad de las denuncias recibidas son derivadas a la justicia de familia para que el magistrado interviniente, teniendo a la vista el diagnóstico preliminar realizado por la OVD, sea quien, en definitiva, resuelva su viabilidad en el marco de la Ley 24.417 o la Ley 26.485, en su caso, y la procedencia de las medidas solicitadas. Es decir, no se trata –al menos en su funcionamiento actual– de un organismo que tienda a “desjudicializar” las problemáticas de violencia, al fomentar ámbitos de actuación alternativos a la justicia, aunque esto no se descarta a futuro, en función de la evolución de su desarrollo y la evaluación del impacto de su creación.

Panorama sociológico

Luego de este breve recorrido por la legislación vigente, resulta interesante analizar ciertas estadísticas que dan cuenta de la proyección social del fenómeno de la violencia doméstica en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires. Existen varias investigaciones realizadas en la materia, desde el comienzo de la aplicación de la Ley 24.417 (en 1996) hasta la actualidad, y contamos con datos emanados del registro de la propia OVD.

En términos cuantitativos, es notable el incremento de denuncias formuladas en el marco de la Ley 24.417, desde su sanción hasta nuestros días. En efecto, según los datos aportados por el Centro de Informática Judicial de la Cámara Nacional en lo Civil, en el año 1995 se iniciaron 997 expedientes de “denuncias por violencia familiar”. Dicha cifra, ya al año siguiente (1996), había aumentado a 1 587, y su progresión es la siguiente: 1 809 (1997); 2 153 (1998); 2 139 (1999); 2 261 (2000); 2 529 (2001); 2 720 (2002); 3 258 (2003); 3 416 (2004); 3 772 (2005); 4 386 (2006); 4 677 (2007); y 5 152 (2008, año en que, a partir de octubre, se puso en funcionamiento la OVD). En lo que hace al 2009, hasta el 31 de mayo de 2009, y ya en ple-

¹⁴ En el derecho penal argentino, la denuncia de lesiones leves (las más frecuentes) y abuso sexual contra mayores de edad y capaces configura una acción dependiente de instancia privada (artículo 71, inc. 1, C. Penal), de modo que sólo puede impulsarse ante petición expresa de la víctima. No así las lesiones graves, que constituyen delitos de acción pública.

no funcionamiento de la mencionada OVD, se habían iniciado 2 439 expedientes judiciales.

Este notable incremento no se debe –al menos no de manera exclusiva– al aumento real de situaciones de violencia doméstica, sino, evidentemente, a una creciente información y difusión acerca de los mecanismos legales y judiciales aptos para pedir auxilio frente al maltrato familiar, así como al permanente acceso (las 24 horas del día) que brinda la mencionada Oficina dependiente de la Corte Suprema. Ello, sin perjuicio de señalar que la grave crisis económica que atraviesa Argentina desde la última década, ha dado lugar a un fenómeno de desclasamiento y marginación social y cultural que constituye uno de los factores de incidencia en la problemática de la violencia doméstica.

Más allá de estas cifras genéricas, resulta útil traer a colación los datos registrados por la propia OVD, en torno a la magnitud y a las características de las denuncias por violencia doméstica formuladas desde la puesta en funcionamiento de la Oficina, el 15 de septiembre de 2008 y el 16 de marzo de 2009 (OVD/Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, 2009, pp. 22-25). Del relevamiento efectuado durante ese período surge que, de un total de 2 914 casos ingresados, 2 887 son personas afectadas de sexo femenino y 526 son personas de sexo masculino.

De este modo, se advierte que en 84.5% de las denuncias, las víctimas resultan ser mujeres. A su vez, de un total de 368 niñas afectadas, 309 se corresponden con denuncias entabladas contra varones (es decir, 83.97%) y sólo 59 son denuncias formuladas contra mujeres (16.03%). Cuando se trata de niños afectados, de los 296 casos denunciados, en 240 casos la persona denunciada ha sido un varón (o sea, 81%) y en 56 casos, ha sido una mujer (19%). Por otra parte, de la totalidad de denuncias recibidas, 2 733 aluden a violencia de tipo psicológica (es decir, 93.79%), 2 103 a violencia física (72.17%), 928 a violencia económica (31.81%) y 503 a violencia sexual (17.26%), debiendo destacarse que algunas denuncias aluden a más de un tipo de violencia.

Por último, la OVD informó que de estos 2 914 casos relevados, en 2 733 se dio intervención al fuero civil, en 2 103 al penal, en 893 casos se hicieron derivaciones a asesoramientos jurídicos gratuitos, y en 604 a servicios de salud. Sólo en 219 casos no se realizó derivación alguna en virtud de que la víctima, debidamente informada, tomó la decisión de no iniciar acciones legales.

Investigaciones anteriores profundizaron en algunos aspectos que resultan de particular interés.¹⁵ Así, por ejemplo, en un estudio realizado durante los meses

¹⁵ Se realizaron algunas investigaciones apenas sancionada la Ley 24.417: Carranza Casares (1998, p. 153) y Birgin (1999, p. 355). También, puede encontrarse una interesante investigación realizada antes de la sanción de la Ley 24.417 respecto de expedientes penales por lesiones y homicidio, y

de noviembre y diciembre de 2002, en el marco de un seminario dictado en la Carrera de Especialización en Derecho de Familia de la Universidad de Buenos Aires,¹⁶ se concluyó que, sobre una muestra de 307 expedientes en trámite ante los juzgados con competencia en cuestiones de familia de la ciudad de Buenos Aires, 65% (198 casos) correspondía a situaciones de violencia en la pareja, 5% (15 casos) a supuestos de violencia en la pareja y maltrato infantil, 25% (25 casos) a denuncias de maltrato infantil, y 5% (16 casos) a situaciones de violencia entre mayores de edad, adultos mayores, personas enfermas o con discapacidad. De los casos estudiados, sólo en 4% se desestimó *in limine* la denuncia formulada, y se dio trámite al 96% restante.

De la totalidad de las denuncias de violencia en la relación de pareja, 92% proviene de mujeres y sólo 6% de varones, 2% restante queda a cargo de “otros” interesados. Asimismo, en 60% de los casos se trataba de parejas que se encontraban conviviendo, y en 35% de parejas que no cohabitaban, fuera porque se habían separado o porque nunca habían residido juntos.¹⁷ Con referencia a los damnificados específicamente, las cifras emitidas por el Centro de Informática Judicial muestran que, de las denuncias formuladas entre 1995 y 2007, 54.52% de las víctimas son mujeres, 37.42% niños o adolescentes, 6.45% varones, 1.23% adultos mayores y 0.39% personas con discapacidad.

Estos datos recogidos, al igual que los aportados por la OVD, permiten inferir claramente que en la gran mayoría de los casos estudiados las víctimas son mujeres y que, en gran parte, las situaciones de violencia se despiertan –y también son denunciadas– mientras persiste la convivencia entre las partes, lo cual indica la necesidad de intervenir en forma rápida y efectiva para evitar situaciones de riesgo, especialmente para la integridad física e incluso para la vida de la víctima.

Siguiendo con los datos obtenidos, se colige que en 62% de los casos se denuncia violencia física y psíquica, sólo en 17% se denuncia exclusivamente violencia física y en 14% violencia de tipo psíquica.¹⁸ Ello se explica a raíz de la mayor tolerancia y naturalización que existe en las creencias sociales respecto de esta última modalidad de violencia, que cuando aparece separada del maltrato físico, no

expedientes civiles sobre divorcio en Grosman, Mesterman y Adamo (1989, p. 169). Otra investigación realizada por los profesionales integrantes del Cuerpo Interdisciplinario de Protección contra la Violencia Familiar, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, respecto de las familias por ellos evaluadas, puede verse en García De Ghiglino, Acquaviva, Noli y Fulles (2005, p. 281).

¹⁶ Del que he participado personalmente. Véase Grosman (2002, p. 227).

¹⁷ Debe aclararse que 5% de los expedientes relevados no especifica la situación de convivencia de las partes.

¹⁸ Dentro de la violencia psíquica se incluyen los siguientes hechos configurativos: insultos (32%), amenazas (31%), descalificaciones (24%), celos (4%), otros, como incendio, intento de suicidio, aislamiento o encierro, etc. (5%), y sin detallarse (17%).

es vivida como una situación capaz de fundar una denuncia por violencia doméstica. Lo mismo ocurre con la violencia sexual (que llega sólo al 4%), porque aún persiste en el imaginario social la idea de que el hombre puede exigir, incluso por la fuerza, el débito conyugal. En fin, en cuanto a la violencia económica (que alcanza 1%) debe resaltarse la necesidad de analizar cuidadosamente tal modalidad, para evitar confundir su tratamiento con cuestiones que merecen ser debatidas en otro tipo de procesos (tales como procesos por el pago de alimentos, liquidación de la sociedad conyugal, división del condominio, entre otros).

Ahora bien, entre las causas de violencia alegadas por las partes o consignadas en los diagnósticos agregados a los expedientes compulsados, se verifica que en 20% se relacionan con el alcoholismo, en 14% derivan de la crisis conyugal (donde se incluyen situaciones diversas tales como la violencia mutua, la disfuncionalidad de la familia, la infidelidad, la formación de una nueva pareja, etc.), en 11% derivan de la adicción a las drogas, en otro 11% de problemas económicos, en 5% se verifican antecedentes de familia violenta, en 4% se denuncia el padecimiento de problemas psiquiátricos, en 7% se alude a “otras” causas (tales como el embarazo, conflictos sobre la educación de los hijos, diferencia de edad, ideología patriarcal, homosexualidad, etc.), y en 28% restante no se detallan las causas de la violencia.

En lo relativo a los aspectos procedimentales, en 71% de los casos las denuncias son realizadas en forma verbal y sólo 23% se introduce por escrito. De los expedientes 3% es ingresado a partir de la intervención de “otros”, tales como comisarías, el Ministerio Público o por derivación de otro juzgado, y en 3% de los expedientes no se detalla la forma de recepción de la denuncia. A su vez, solamente en 19% de los casos la denuncia se formula con patrocinio letrado (de los cuales 45% pertenece a patrocinios jurídicos gratuitos y 55% a patrocinios privados), mientras que 77% se realiza sin patrocinio alguno, situación que en gran parte de los casos se extiende durante todo el desarrollo del proceso (en el 4% restante no se detalla esta circunstancia). Estas cifras indican claramente las carencias existentes en nuestro país en cuanto a la creación de servicios jurídicos gratuitos accesibles a todas las personas y eficientes en su intervención, que permitan garantizar una adecuada defensa de los derechos tanto a favor de las personas denunciadas como de las denunciadas.

Respecto al desarrollo del proceso, resulta interesante destacar tres aspectos: lo relativo a la adopción de medidas cautelares protectorias; el índice de acuerdos formulados en el marco de la audiencia de “mediación” a la que alude el artículo 5o. de la Ley 24.417; y la derivación a tratamiento terapéutico de las partes.

En cuanto al primer aspecto, en 68% de los casos relevados se adoptaron medidas protectorias, de las cuales 25% consistió en la exclusión del hogar del agresor, 5% en el reintegro al hogar de la víctima, 36% en la prohibición de acercamiento

del agresor a la denunciante y, en ocasiones, a sus hijos, en cualquier lugar donde se encuentren (vivienda, trabajo, escuela, vía pública, etc.), 11% consistió en la fijación de alimentos provisorios, 8% en la atribución cautelar de la guarda de los hijos, 4% en la disposición de un régimen de comunicación paterno filial, y 11% en “otro” tipo de medidas.

Estas medidas a veces son acompañadas por otras, tales como: la disposición de consigna judicial, la suspensión del régimen de comunicación entre el agresor y sus hijos, el retiro de efectos personales, etc. Cabe notar también, en relación con la efectividad de la actuación judicial, que de la totalidad de las medidas ordenadas, 34% fue dispuesto dentro de las 24 horas de formularse la denuncia (es decir, en el día), 23% en una semana, 6% de 8 a 15 días de formulada la denuncia, 14% de 16 a 30 días, y el restante 17% en más de un mes (en 6% de los casos no se detalla).

En lo atinente a la proporción de casos en los que las partes arribaron a un acuerdo en audiencia, los datos recogidos permiten verificar que su porcentaje es considerable (38% de los casos).¹⁹ De la totalidad de los convenios, en 26% se acordó el retiro del agresor del hogar, en 50% el pago de una cuota alimentaria, en 46% un régimen de comunicación con los hijos, en 59% la realización de tratamiento terapéutico, en un 1% el cambio de guarda y en 23% se llevaron a cabo otros tipos de acuerdos, tales como, el avenimiento para iniciar otro trámite (por ejemplo, el divorcio), la obtención de una vivienda para alguna de las partes, la continuación de la convivencia, la ocupación por cada una de las partes de un sector distinto del hogar, el retiro de efectos personales o herramientas de trabajo de la vivienda, el inventario de bienes, etcétera.

Por último, y en cuanto a la derivación y concurrencia a tratamientos terapéuticos, sólo en poco más de 13% de los casos se verificó tal circunstancia. Dentro de tales derivaciones, 28% fue para el denunciado, 28% para el grupo familiar, 29% para el agresor individualmente y para el grupo familiar en su conjunto, y 15% para la denunciante.²⁰ La escasez de estas cifras se debe a diversas razones pero, en general, es una consecuencia de la falta e ineficiencia de los servicios públicos destinados a trabajar este tipo de problemáticas, ante la carencia de recursos para solventar un tratamiento particular.

Fuera del marco de esta investigación, y para concluir este apartado, las estadísticas aportadas por el Centro de Informática Judicial sobre los casos más recientes (iniciados entre enero y mayo de 2009 inclusive), permiten corroborar los

¹⁹ Cuestión que será considerada más adelante, en el apartado “El rol de la justicia”.

²⁰ En los procesos donde existe información sobre la concreción del tratamiento no surge, a menudo, si hubo seguimiento por parte del Tribunal.

datos obtenidos algunos años atrás. De estas cifras surge que, de 3 118 damnificados por violencia doméstica, 76.11% son mujeres y 23.89% varones. A su vez, entre los denunciados, 93.13% son varones y sólo 6.87% mujeres. 48.97% de ellos padece adicciones, principalmente al alcohol (25.86%) y a la cocaína (9.36%).

En cuanto a la relación entre denunciados y denunciados, 29.25% de los casos se trata de matrimonios o parejas que conviven, 22.43% de ex cónyuges o convivientes, 1.56% de novios que no conviven, 30.25% de padres/ madres e hijos, y el porcentaje restante corresponde a otras formas de relación (parientes consanguíneos o afines). Es decir, 53.24% de los casos alude a situaciones de violencia en la pareja.

Finalmente, entre los tipos de violencia denunciados, 26.06% es emocional, 22.53% es verbal, 22.38% es psíquica, 17.62% física, 7.24% es económica, 3.06% es sexual y 1.11% se configura como abandono.

3. Distintos abordajes de la violencia doméstica

La violencia doméstica desde la perspectiva de género

Acerca del género

El género, como categoría social y analítica, es una de las contribuciones teóricas más significativas del feminismo contemporáneo y surgió para explicar las desigualdades entre varones y mujeres, poniendo el énfasis en la noción de multiplicidad de identidades. Lo femenino y lo masculino se conforman a partir de una relación mutua, cultural e histórica. Precisamente a raíz de ello, el género es una categoría transdisciplinaria que desarrolla un enfoque globalizador, y remite a los rasgos y funciones psicológicos y socioculturales que se atribuye a cada uno de los sexos en cada momento histórico y en cada sociedad (Gamba, 2009, p.121).

En este sentido, citando al célebre Stoller, el género se refiere a “grandes áreas de la conducta humana, sentimientos, pensamientos y fantasías que se relacionan con los sexos pero que no tienen una base biológica” (Stoller, 1968, p. 7). Así también, en palabras de Benhabib, se concibe que “El sistema sexo/género es el modo esencial, no contingente, en que la realidad social se organiza, se divide simbólicamente y se vive experimentalmente. Entiendo por sistema de género/sexo la constitución simbólica y la interpretación sociohistórica de las diferencias anatómicas entre los sexos” (1990, p. 125).

Desde esta perspectiva, resulta necesario distinguir entre “sexo” y “género”, aunque sin dejar de advertir que esta distinción no es tan tajante como se creía en los inicios de las teorías feministas, ya que actualmente existe cierto consenso en ob-

servar que lo que se entiende por sexo también es construido socialmente.²¹ El sexo corresponde a un hecho biológico, producto de la diferenciación sexual de la especie humana, que implica un proceso complejo con distintos niveles o elementos que no siempre coinciden entre sí. De ahí que los expertos en la materia suelen referirse al sexo cromosómico, al gonádico, al genital, al hormonal, al anatómico, al fisiológico y al neurohormonal. El género, en cambio, alude a la significación social que se hace de estos niveles o elementos. En consecuencia, las diferencias anatómicas entre varones y mujeres que derivan de este proceso pueden y *deben* distinguirse de las atribuciones que la sociedad establece para cada uno de los sexos individualmente constituidos.

Esta distinción permite, en consecuencia, comprender que el concepto de género se acuña para explicar la dimensión social y política que se ha construido sobre el sexo. Sin esta diferenciación, es difícil entender la subvaloración de todo lo femenino, o que los roles y características que se le atribuyen a cada sexo, aunque se basaran en diferencias biológicas, no son una consecuencia ineludible de tales diferencias y, por lo tanto, pueden ser transformadas. En otras palabras:

ser mujer no significa sólo tener un sexo femenino, también significa una serie de prescripciones normativas y de asignaciones de espacios sociales asimétricamente distribuidos.

Históricamente, esa normatividad ha desembocado en los papeles de esposa y madre en el ámbito privado-doméstico, cuya característica más visible ha sido el carácter no remunerado de todo este trabajo de reproducción biológica y material. De esta forma, puede observarse, en primer lugar, que la categoría de género tiene como referente un colectivo, el de las mujeres. Y en segundo lugar, que sobre esa marca anatómica de los individuos de ese colectivo, el sexo, se ha construido una normatividad que desemboca en un sistema material y simbólico traducido políticamente en subordinación femenina (Cobo, 2009, p. 35).

La separación conceptual entre el sexo y el género ha permitido entender que ser mujer o varón, más allá de las diferencias anatómicas, hormonales o biológicas, *es una construcción social y no una condición natural*. Los roles de género, que se aprenden fundamentalmente en la infancia, a través del proceso de socialización, se producen y reproducen en la vida cotidiana en la interacción personal, en el marco de un sistema que define qué es apropiado para cada rol y qué no lo es. Al hacerlo, “se crean y transmiten creencias y expectativas de conducta, modos

²¹ La distinción tradicional feminista entre el sexo como un elemento de la naturaleza y el género como una construcción cultural ha sido puesta en jaque en las últimas décadas por varios autores, incluso por una de las más célebres seguidoras del feminismo, la norteamericana Judith Butler.

en que las personas en interacción se perciben mutuamente y esperan del otro determinadas conductas, y no otras” (Wainerman, 2002, p. 199).

En este contexto, la teoría o perspectiva de género subraya y muestra los procesos culturales que marcan estas construcciones, y comienza a destituir la rigidez de la clasificación masculino/femenino para abrir procesos interpretativos de estos atributos culturales (Halperin y Acha, 2000, p. 16). De este modo, en referencia a los marcos teóricos adoptados para una investigación, capacitación o desarrollo de políticas, programas y normas, esta perspectiva implica: a) reconocer las relaciones de poder que se dan entre los géneros, en general favorables a los varones como grupo social, y discriminatorias para las mujeres; b) que estas relaciones han sido constituidas social y culturalmente, y que son constitutivas de las personas; y c) que atraviesan todo el entramado social y se articulan con otras relaciones sociales, como las de clase, etnia, edad, preferencia sexual y religión (Gamba, 2009, p. 122).

Esta perspectiva ha sido una mirada obligada propuesta por las teorías feministas para analizar el fenómeno de la violencia contra la mujer, reducida muchas veces a la violencia de género.

La violencia de género

Las estadísticas reseñadas al comienzo de este trabajo dan cuenta de una realidad imposible de negar: la violencia contra la mujer es la más denunciada. Ello indica que son las mujeres las principales afectadas por la violencia doméstica. Como bien se ha dicho, “la violencia familiar tiene género: las víctimas son las mujeres en la relación conyugal, y las niñas y en menor medida los niños, en la relación filial y como víctimas de otros adultos” (Jelin, 1998, pp. 120-121).

En este sentido, se ha expresado que “La mayoría de los casos de violencia familiar tienen como denunciante a mujeres, son ellas las principales víctimas de este fenómeno, cada vez más visibles y, tal vez, porque sean ellas –y no ellos– las más numerosas, se vea facilitada una determinada construcción de la víctima”. Y además se agrega que:

La mujer maltratada refiere a un estereotipo ampliamente compartido. La mujer maltratada es, por definición una mujer sumisa, inhibida y dominada. Es la “más vulnerable”, débil e ignorante, no sólo frente al agresor, sino también frente a la justicia [...] la mujer maltratada es conceptualizada como un sujeto que no sabe lo que debe reclamar ante un juzgado, es ignorante de su propia condición, son sus interlocutores los que deciden si está en una situación violenta o no y los que deben reconocer dicha situación a partir del relato de la víctima, puesto que ésta se supone que tiene “naturalizada” la violencia (Daich, 2004, p. 334).

Esta realidad, que muestra a las mujeres como las principales víctimas de la violencia doméstica, ha llevado necesariamente a hablar de la violencia de género. De hecho, la propia Convención de Belém do Pará define la violencia contra la mujer como “cualquier acción o conducta, basada en su *género*,²² que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” (artículo 1o.).

Desde esta perspectiva, muchos autores afirman que incluir la noción de género en una definición de violencia es imprescindible, pues el género constituye la construcción misma de la jerarquización patriarcal. En este orden de ideas, se ha subrayado que “La violencia basada en el género revela la diferente distribución de poder, reforzando así la desigualdad y la subordinación social de las mujeres y favoreciendo que éstas se transformen en las destinatarias de diversas violencias estructurales y coyunturales” (Velázquez, 2009, p. 358).

Al respecto, Weinstein señala que la discriminación origina relaciones de subordinación y de dominio, en las que la violencia constituye una forma de ejercer poder que se expresa en la estructura social y se reproduce en la familia y en otros subsistemas sociales. Advierte, asimismo, que la violencia estructural o institucionalizada que se manifiesta en los sistemas políticos, económicos y sociales se materializa en situaciones discriminatorias que refuerzan, así, las condiciones sociales que implican violencia directa en toda la sociedad (Weinstein, 1991, p. 59).

A su vez, Hirigoyen observa que

...la dificultad que tienen todas las mujeres para abandonar a un cónyuge violento sólo se comprende si se tiene en cuenta el estatus de la mujer en nuestra sociedad y las relaciones de sumisión/dominación que ello impone. En efecto, si las mujeres pueden dejarse atrapar en una relación abusiva es porque, debido al lugar que ocupan en la sociedad, ya se encuentran en posición de inferioridad. Estas violencias no serían posibles si el sistema social no hubiera instalado ya sus condiciones objetivas (Hirigoyen, 2008, p. 58).

También Jelin expresa de manera contundente: la violencia doméstica es

...una conducta aprendida que se halla enraizada en las relaciones desiguales entre hombres y mujeres, en la jerarquía sexual, en la representación de la masculinidad por vía del dominio sobre la mujer [...] O sea que esta conducta se ubica en una organización patriarcal clásica, en la cual el poder del hombre se manifiesta de múltiples maneras, inclusive la violencia física misma, *naturalizada* en las relaciones de género tradicionales (Jelin, 1998, p. 121).

²² La itálica me pertenece.

Por su parte, Gallego destaca que:

La asimetría de poder que vive la mujer en relación al género masculino, el sistema patriarcal y el machismo son factores socioculturales que facilitan, estimulan y a la vez naturalizan o invisibilizan las acciones que los hombres realizan en detrimento de la dignidad y la salud física y psíquica de las mujeres. [...] No podemos dejar de denunciar como parte del síndrome de maltrato al que se ven cotidianamente sometidas las mujeres, a las perversas afirmaciones ideológico-religiosas que, en oportunidades, condicionan a la mujer creyente al sometimiento y a la resignación, en función de sostener el ideal de familia impuesto judicialmente. A las mujeres que internalizan este mandato se les hace muy difícil romperlo, ya que los procesos de culpabilización y sometimiento resultan ser el mejor carcelero aliado a la agresión masculina (Gallego, 2007, pp. 50-51).

En fin, Amorós sentencia: “la violencia, aunque en la punta del iceberg sea el horror del asesinato, el ejercicio del poder de vida o muerte, tiene sus bases estructurales en el propio patriarcado y en su ideología” (Amorós, 2009, p. 11).

Estas relaciones de sumisión/dominación se han reproducido en las distintas sociedades y culturas a lo largo de la historia, y se han proyectado en el ámbito doméstico. Un somero recorrido por la familia o las organizaciones familiares a lo largo de los tiempos²³ permite visualizar que el aislamiento doméstico de las mujeres, los matrimonios contraídos antes de que la mujer haya desarrollado un sentido de autonomía, la familia en tanto institución única que modela la identidad de la mujer, contribuyen a que el fenómeno de la violencia doméstica se reproduzca (Jelin, 1998, p. 121).

La dependencia económica de las esposas es uno de los mecanismos centrales mediante los cuales se subordina a las mujeres en la sociedad. El dinero no se agota en su definición económica, no es sólo una moneda de cambio. Más bien es un gran delator que encubre las maneras de ejercer poder y de expresar amor. Pero, por sobre todo, encubre ideologías jerarquizantes que en nuestra cultura rigen la relación entre géneros (Coria, 1990, pp. 23 y ss.).

Históricamente, era el hombre quien aportaba los mayores ingresos a la familia. Esta circunstancia influía, de forma necesaria, en la manera de concebir lo “masculino” y “lo femenino”, y legitimaba actitudes protagónicas de los varones, al tiempo que sometía a la marginación y a la dependencia a las mujeres.

²³ Para un mayor desarrollo de la evolución de la familia a lo largo de la historia, se recomienda consultar, entre otros, Ariès y Duby (2005), Grosman y Mesterman (2005, pp. 117 y ss.); y en cuanto al contexto específico de la Argentina, Torrado (2003).

En la familia, al menos desde el siglo XIX, cuando los ámbitos físicos en los que se desenvolvía la vida laboral y familiar se separaron, se les asignó a los varones la responsabilidad de la provisión económica, y a las mujeres la del cuidado del hogar y de los hijos. De esta manera, se visualizó el mundo público como separado del privado. Esta división del trabajo se unió a las representaciones acerca de la masculinidad (potencia, actividad, fortaleza, racionalidad, inteligencia, objetividad, universalidad) y a las representaciones acerca del “bello sexo” (Amorós, 2000, p. 58) o de la femineidad (suavidad, pasividad, debilidad, sensibilidad, afectividad, subjetividad, particularidad) compartidas socialmente, no sólo como diferentes, sino también como superior e inferior, respectivamente, en un sistema jerárquico dual claramente definido (Olsen, 2000, p. 25).

A su vez, ello ha tenido efectos sobre la división del trabajo por género fuera de la familia: así, se asignaron lugares bien distintos en el mercado laboral a los varones y a aquellas mujeres que, al salir a trabajar, desafiaron los valores establecidos. Ellas se concentraron en un corto número de ocupaciones, varias estrechamente ligadas a brindar servicios “femeninos” (de salud, educación, limpieza), en general en posiciones de menor prestigio y con menores remuneraciones que los varones, quienes a su vez tenían acceso a una gama muy amplia de actividades y también a toda la gama de jerarquía, desde la más baja hasta la más elevada (Wainerman, 2002a, pp. 69 y ss.).

Es decir, el modelo de proveedor único respondía a una división rígida entre un esposo/padre aportador exclusivo del sustento económico, y una esposa/madre aportadora exclusiva al mantenimiento del hogar y al cuidado de los hijos. Este modelo, más que una realidad alcanzable por todos, era un ideal valorado por la cultura. La capacidad de proveer económicamente al hogar se asociaba con la masculinidad, dentro de un modelo claramente patriarcal en el que el hombre era la autoridad inapelable para los hijos y para la esposa (Wainerman, 2002b, p. 116).

Ya a mediados del siglo XX, se percibe, en la Argentina, un incremento de la participación de las mujeres en la fuerza de trabajo, que no sólo alcanzó a las mujeres jóvenes y solteras con alta educación, sino que también implicó una vuelta al mercado de trabajo de mujeres viudas o separadas de mayor edad. Aumentaron también los índices de participación de las mujeres casadas e incluso con hijos pequeños, de todos los niveles educacionales.

Ello ha sido una consecuencia de dos factores esenciales: por un lado, el incremento de la educación superior de las mujeres, que tuvo como efecto una mayor participación de las profesionales (que continuaron trabajando aun luego de haber establecido una familia); por otro lado, la coyuntura económica, el aumento del desempleo y la precarización de las relaciones laborales, situación agudizada a partir de los años ochenta, llevó a muchas mujeres a transformarse en el único o

principal sostén del hogar, o a ingresar al mercado de trabajo para suplir los ingresos perdidos o deteriorados de los varones.

Las estadísticas muestran que estos cambios socioculturales y económicos han modificado considerablemente la realidad de la familia y de las responsabilidades hogareñas. Entre los hogares con mujeres cónyuges entre 20 y 60 años en el área metropolitana de Buenos Aires, el modelo de proveedor masculino bajó de 74.5% a 54.7%, entre 1980 y 2000, mientras que el modelo de hogar con dos proveedores aumentó de 25.5% a 45.3%. Estos cambios ocurrieron en todos los estadios de la vida familiar (con o sin niños pequeños), aunque fueron más comunes entre mujeres con alto nivel de educación (Jelin, 2009, pp. 142-144).²⁴

Los datos reseñados demuestran que este modelo familiar nuclear patriarcal basado en un único proveedor masculino, sin dudas, el ideal de familia urbana durante la mayor parte del siglo XX, ha sufrido sustanciales modificaciones por diversos factores, y ha dado lugar, en consecuencia, a nuevos escenarios culturales que pasaron a formar parte de los referentes simbólicos que nutren los procesos de identidad de género en la familia.

Mientras el varón controlaba y dominaba los recursos económicos familiares, y la mujer controlaba y dominaba los recursos afectivos, la familia se organizaba en torno de una distribución de roles, una delimitación de espacios, una amplitud de influencia y ciertos grados de autonomía distintos para varones y mujeres. Al variar estas circunstancias, es preciso resignificar el sistema de representaciones simbólicas que las sostenía.

La salida de las mujeres al mundo del trabajo y el cambio en su posición social, además de la visibilidad y creciente conciencia del fenómeno de la violencia, han forzado una transformación en las condiciones familiares. El potencial de cambio que involucra el trabajo extradoméstico depende del papel decisivo que juega en la dimensión sociosimbólica y cultural del mundo familiar. El significado que las mujeres atribuyen a su actividad laboral puede potenciar o minimizar los cambios en la vida familiar. Cuando se asume el trabajo como un compromiso, como un proyecto de realización individual, los roles y las relaciones de género adquieren un matiz más igualitario (Ariza y De Olivera, 2002, p. 38).

Directa o indirectamente, estas transformaciones económicas, políticas y sociales culminan en la modificación de las expectativas de lo que son o *deben ser* las mujeres y los varones, y de las viejas concepciones sobre la vida conyugal, sobre la maternidad y sobre la paternidad.

En el plano jurídico, en Argentina, esta transformación recién se vio plasmada con la salida del proceso dictatorial y la recuperación de la democracia, que permitió incorporar el divorcio vincular y la igualdad de derechos de varones y mujeres

²⁴ Véase, también, Jelin (1998, pp. 33 y ss.).

en el matrimonio –mediante la Ley 23.515–, y la titularidad conjunta de la llamada “patria potestad” para ambos progenitores –mediante la sanción de la Ley 23.264. Con la sanción de estas leyes, comienza a vislumbrarse una radical metamorfosis en el discurso jurídico acerca de los roles de género en la familia. Metamorfosis formal o explícita e incompleta, pues persisten en el discurso jurídico variadas disposiciones que muestran una valoración inferior de la mujer respecto a la del varón en las relaciones familiares y porque, más allá de la premisa formal de igualdad, subsisten en la práctica valoraciones implícitas y aceptadas social y culturalmente que dan cuenta de una relación de sumisión de la mujer frente al varón en los roles domésticos, conyugales y parentales.

En efecto, el cambio no es tan inmediato como sería deseable, debido al propio proceso de modernización. En este contexto, paradójicamente, mientras la dominación patriarcal es puesta en jaque por los procesos de urbanización y modernización, expresados en el cambio de la posición social de la mujer, el lugar del hombre queda desdibujado; las bases de su autoridad, desgastadas. Frente a esto, “una de las salidas consiste en intentar imponer su voluntad al resto de los miembros de la familia de manera autoritaria y violenta. Así, existen evidencias de que la violencia doméstica es mayor en parejas donde el trabajo de la mujer se ha convertido en la principal fuente de ingresos para el mantenimiento cotidiano” (Jelin, 1998, pp. 121-122).

La fuerza de los estereotipos culturales creados en función del sexo (que se exhiben como características propias de la naturaleza humana), se proyecta en la idea de una jerarquía dentro de la familia frente a la cual, la resistencia de quien es sometido, es vivida como una “provocación”, contracara del poder ejercido, ya que representa la negación de la obediencia necesaria a la autoridad que se pretende “natural” e indispensable (Grosman y Mesterman, 2005, p. 152).

En definitiva, el proceso de modernización que conlleva el acceso de las mujeres al mercado de trabajo y a la educación universitaria ha provocado una necesaria reubicación del varón, en relación con las mujeres en general y con su cónyuge o pareja en particular, que tuvo como consecuencia una crisis del “ideal masculino”.

Según dos autores estadounidenses, David y Brannon, este ideal masculino –activo en gran parte, aun en la actualidad– exige la conjunción de cuatro imperativos: a) *no Sissy stuff* (“nada afeminado”), lo que les impone una serie de sacrificios relativos a la falta de necesidad y demostración de afecto; b) *the big wheel* (“el pez gordo”), exigencia de superioridad con respecto a los demás, pues la masculinidad se mide a través del éxito, del poder y de la admiración que uno es capaz de despertar en los otros; c) *the sturdy oak* (“el roble sólido”), que pone en evidencia la necesidad de ser independiente y de no contar más que con uno mismo; y d) *Give’ em Hell* (“váyanse todos al diablo”), que insiste en la obligación de ser más fuerte que los demás, recurriendo a la violencia si es necesario (citado en Badinter, 1993).

La puesta en jaque de esta masculinidad “ideal” ha gestado al “patriarca mutilado” del que habla Roudinesco (2003, pp. 93 y ss.) o al “hombre mutilado” al que alude Badinter, cuando expresa que:

El sistema patriarcal ha parido un hombre mutilado, incapaz de conciliar X e Y, su herencia materna y paterna, respectivamente. La construcción de la masculinidad se ha ido confundiendo con el proceso de diferenciación [...] La sociedad industrial ha empeorado esta situación, alejando a los padres de los hijos. Por tanto, los hombres han dejado de hacer hombres. Unos padres ‘fantasmagóricos’ y más o menos ‘simbólicos’ constituyen el triste modelo que les sirve de identificación. Más recientemente, con el surgimiento de la repulsa feminista del patriarcado y del tipo masculino que engendra, se ha trasladado este rechazo al campo de la economía de la diferenciación. ‘Virilidad’, ‘masculinidad’, se han percibido como palabras sin contenido, peligrosas, sinónimos de una opresión caduca [...] En la actualidad, muchos hombres padecen por esta fragmentación de sí mismos. La dolorosa toma de conciencia de una identidad escindida propicia la reconstrucción de un paisaje masculino que tenga en cuenta, finalmente, su doble herencia (Badinter, 1993, pp. 51-152).

Cuando ello no sucede, cuando no se alcanza a reelaborar esta fragmentación, el varón se encuentra “desfasado” o “desubicado”, de modo que la violencia resulta un mecanismo de “igualación” y sumisión, del cual muchos se valen para recuperar su lugar en la relación conyugal y en la familia.

Al respecto, resulta interesante compartir las reflexiones de Izquierdo:

en las relaciones hombre/mujer se supone que el vínculo fundamental es el afectivo, colocando en segundo plano los lazos y dependencias económicas, como si no existieran, o fueran el resultado no buscado del lazo afectivo. Cuando la mujer cuestiona al hombre la relación que mantienen, le está cuestionando su propia identidad. Para conjurar la amenaza, él apela a la diferencia que todavía conserva, la fuerza física, y agrade porque se siente agredido en lo más profundo, y porque en la agresión misma encuentra su identidad. La mujer, por su parte, subvierte el control que el hombre tiene sobre ella, atacándolo con su propia arma, haciendo que se descontrole, y poniendo en evidencia la naturaleza última de sus relaciones, donde el amor cede a la dominación el espacio que ‘naturalmente’ ocupa” (1998, pp. 11-12).

Así también subraya Hirigoyen: “La sociedad sigue esperando de los hombres que desempeñen un papel dominante; ahora bien, si se sienten incompetentes o impotentes, pueden tratar de compensar esta debilidad mediante comportamientos tiránicos, manipuladores o violentos en privado”. Por su parte,

las mujeres se forjan en un “yo ideal” en función de las normas sociales vehiculadas por su familia y la sociedad. Por eso algunas, siguiendo el modelo de la madre disponible y entregada, piensan que, para conservar a un hombre, hay que demostrar abnegación y sumisión. Al haber aprendido de muy jóvenes que para merecer el amor de sus padres deben ser útiles y poner la felicidad de los demás por delante de la suya, hacen demasiado por el otro y se autorizan poco a satisfacer sus propias necesidades. Como socialmente a las mujeres se las considera responsables del éxito de la pareja, si el cónyuge pierde el control y adopta actitudes violentas, ellas se sentirán fracasadas (Hirigoyen, 2008, pp. 64-98).

En esta misma línea, postula Osborne que:

El ideal –autoasumido y heteroimpuesto– para las mujeres es [...] la “adicción al amor” (en la carrera de una mujer se traduce en abnegación), amor a través del sacrificio como “forma redentora” [...]. Esta ‘sobredosis de amor’ femenino es apropiada por los varones, en un entorno que lo favorece y lo aprueba socialmente, conduciendo a un déficit de igualdad que nos coloca en una situación de inferioridad. La pendiente de la inferioridad a la discriminación y de ahí al abuso queda así prefigurada (Osborne, 2009, p. 154).

En fin, destaca Burin que:

Las problemáticas de la violencia familiar no sólo se generan debido a los vínculos afectivos conflictivos que enlazan a los miembros de una familia, sino que existen también relaciones de poder y de subordinación dadas por valores de la cultura patriarcal, que dejan sus marcas en la constitución subjetiva de hombres y mujeres, y que se transmiten a través de instituciones, como la educación, puestas en juego en la familia a través de los roles que desempeñan sus miembros. [...] Se trata de un tipo de familia –refiriéndose a la tradicional nuclear– que no sólo reproduce sino que, a su vez, *en los intersticios que deja el entramado de la vida cotidiana, en las crisis y en los conflictos que atraviesa, produce las condiciones de transformación para el ejercicio de la violencia* (Burin, 2001, pp. 401-403).²⁵

Estas reflexiones muestran, de manera evidente, que el análisis de las relaciones de género se presenta como una herramienta conceptual de suma trascendencia a la hora de realizar un estudio integral de la violencia contra la mujer, tanto en el ámbito doméstico como fuera de él. Los estudios de género y el feminismo posibilitaron poner en evidencia las diferentes formas de manifestación de la violencia

²⁵ La itálica me pertenece.

de género, y permitieron identificarlas y vincularlas con pautas genéricas sociales y culturales diferenciadas para ambos sexos. Como bien se ha dicho, “las diferencias jerárquicas por género, las interacciones rígidas y la falta de autonomía, son [...] un camino abierto para la violencia. Ésta asume la forma de un ‘significado ritual’ que define las relaciones de poder en la familia” (Grosman y Mesterman, 2005, p. 448).

Sin embargo, esta lectura, que se alza como indispensable, no puede erigirse como exclusiva o única. Como veremos más adelante, no toda violencia en la pareja ni toda violencia contra la mujer es sinónimo de violencia de género. De modo que este enfoque resulta, a mi juicio, pertinente pero incompleto o parcial, para examinar globalmente los distintos factores que inciden en el fenómeno de la violencia y las vastas modalidades en que esta se presenta, en función de la dinámica propia de cada familia y de los componentes psicológicos individuales de los involucrados en esta problemática.

Al respecto, señala con acierto Lorenzo que

...limitar la explicación de la violencia en la pareja de modo exclusivo al factor “género” constituiría una simplificación inaceptable, poco seria y [...] reaccionaria. El hecho de que exista una circunstancia distintiva que identifique y permita una explicación unitaria de la violencia que se ejerce contra las mujeres en la vida familiar no significa que las parejas vivan aisladas del complejo núcleo de circunstancias que favorecen el desarrollo de focos de violencia y agresividad en la sociedad de nuestros días. La posición social de la familia, su estatus económico, el consumo de alcohol o drogas, el nivel cultural de sus miembros, la condición de inmigrante trabajador, la pertenencia a minorías étnicas y, por qué no, las características psicológicas de los miembros del grupo familiar, son factores que sin duda contribuyen a graduar el nivel de riesgo de un estallido de violencia en la pareja (Lorenzo, 2009, pp. 283-284).

Y enfatiza Larrauri: “el discurso de género ha simplificado excesivamente la explicación de un problema social, la violencia sobre la mujer en las relaciones de pareja, al presentar la desigualdad de géneros como la causa única o la más relevante del problema social de la violencia doméstica” (2007, p. 23). Es evidente que la subordinación de la mujer influye en su victimización, pero ello no significa que sea posible “intentar explicar un problema complejo con una única variable, la ‘desigualdad de géneros’. Esta variable funciona en ocasiones como factor de riesgo, en otras se debe añadir a otros factores de vulnerabilidad producto de otras fuentes de poder que incluso la desplazan o superan, y casi nunca funciona aisladamente” (*ibid.*, p. 29).

La protección contra la violencia doméstica desde el sistema penal: hacia un derecho penal mínimo

El tratamiento penal de la violencia doméstica ha tenido una vasta acogida en el derecho comparado.²⁶ Sin ánimo de profundizar en esta temática –que es abordada en otros trabajos de esta misma obra– querría dejar sentadas brevemente algunas razones que, a mi juicio, tornan ineficaz la intervención de la justicia penal frente a este flagelo, a menos –obviamente– que de los hechos resulte la tipificación de un delito.²⁷

Estas razones o causas de la falta de efectividad de las normas y condenas penales para el tratamiento de la violencia domésticas son múltiples.

En primer lugar, la propia restricción o limitación del derecho penal, ligada al requisito de tipicidad o principio de legalidad que subyace en todo sistema garantista, deja muchos supuestos de violencia doméstica fuera de su ámbito de protección. En efecto, la valoración de la prueba, en estos casos, está supeditada al resguardo de ciertas garantías constitucionales, como la presunción de inocencia y las reglas del debido proceso, que no pueden obviarse en el procedimiento penal. En las denuncias por violencia familiar la prueba suele ser escasa en tanto, en general, es la propia víctima el único testigo de los malos tratos o, a lo sumo, lo son sus familiares más directos, cuyo vínculo con la denunciante resta valor a sus testimonios.

En segundo término –y unido a lo anterior–, en sede penal la configuración del delito suele requerir la evidencia de lesiones físicas. Cuando la violencia no deja “marcas visibles”, resulta más dificultoso acreditar su existencia y, en la mayor parte de los casos, ni siquiera se tipifica el delito.

Así lo han comprobado las investigaciones realizadas al respecto, de las cuales surge que

...la mayoría de los procesos por malos tratos familiares acaban en absoluciones o condenas muy leves, y, sobretudo, terminan mucho tiempo después de que se ha presentado la denuncia, cuando la situación, de una forma o de otra, se ha modifi-

²⁶ Una excelente reseña del tratamiento penal en materia de violencia doméstica en el derecho comparado puede encontrarse en Grosman y Mesterman (2005, pp. 208 y ss.).

²⁷ De la ineficacia del derecho penal para intervenir en situaciones de violencia doméstica da cuenta la experiencia española, donde pese a su tipificación como delito y al incremento de las penas, se advierte un incesante aumento de los episodios de violencia doméstica y de las muertes de mujeres como consecuencia de aquéllos. La amenaza de la pena no representa disuasión alguna para los perpetradores de violencia contra la mujer. Véase Larrauri (2007, pp. 57 y ss.); Maqueda (en Laurenzo, Maqueda y Rubio, 2009, pp. 307 y ss.); Laurenzo (2009, pp. 263 y ss.); Vázquez González y Luaces Gutiérrez (2006, pp. 193 y ss.); Boldova Pasamar y Rueda Martín (2003, pp. 103 y ss.). Véase también mi trabajo Famá (2006, pp. 283 y ss.).

cado [...] Quien recurre a la Justicia a efectuar una denuncia, concluye el trabajo, lo hace con la expectativa de obtener una respuesta que resuelva la situación. Cuando se trata de una situación de violencia producida en el ámbito doméstico, no sólo se genera una expectativa, sino que es mucho lo que se pone en riesgo y la decisión de denunciar no suele resultar fácil. En estos casos, la inmediata clausura y el archivo de las actuaciones dejan sin respuesta a la persona que se atrevió a denunciar la agresión y la devuelve a la situación previa, con lo que refuerza objetivamente al agresor (Birgin y Pastorino, 2005, pp. 312-314).

Como tercera dificultad –y también relacionado con la tipificación del delito– se alza la exigencia del dolo o intención de cometer la conducta delictiva, como elemento central de la responsabilidad en el moderno derecho penal. En efecto, sólo en algunos casos, por ser de especial gravedad, se castiga el comportamiento objetivo sin tener en cuenta la intención; pero incluso en tales supuestos, cuando el delito se castiga en su modalidad culposa, la pena es menor que cuando se tiene la intención de cometer el acto. Y así,

puesto que la violencia contra las mujeres es un caso de ocurrencia común, que se sustenta en una cultura milenaria que la condona, resulta que “la intención” del agresor es la de ejercer unas prerrogativas a las que, a su modo de ver, tiene derecho. En su conciencia, su intención no es causar un daño sino exigir unos derechos. Por esta razón es muy difícil lograr que el derecho penal la castigue sin incurrir precisamente en la tipificación de conductas de responsabilidad objetiva (Lemaitre, 2008, pp. 579-580).

Otro elemento que se muestra claramente como una dificultad propia del derecho penal en el tratamiento de la violencia doméstica es –como advierte acertadamente García Méndez– una deficiencia estructural de esta rama del derecho, que en otro tipo de conductas desviadas resulta opacada por la ausencia de un vínculo personal entre la víctima y el autor del hecho. Dado que el derecho penal está orientado hacia el pasado, que prescinde de las consecuencias futuras de la acción, las posibilidades de agravar la situación existente son considerablemente mayores que las que se hallan en otros ámbitos de aplicación. Y ello, en tanto la intervención en sentido punitivo-retributivo tiende objetivamente a desentenderse, de la suerte de la víctima y de la del autor del hecho²⁸ (García Méndez, 1987, pp. 234-236). Cuando interviene la justicia penal, el Estado se apropia del conflicto y la víc-

²⁸ En el mismo sentido, véase Larrandart (en Birgin, 2000, pp. 102-103).

tima no tiene lugar en el proceso,²⁹ porque no se le considera la principal ofendida (Birgin y Pastorino, 2005, p. 313).

Es que el derecho penal, por esencia, se construye alrededor del concepto de pena o sanción. Su objetivo es sancionar una conducta pasada. Lejos está de poner el acento en el futuro, de modo de encontrar una solución al conflicto tendiente a una modificación y reformulación de las relaciones entre las partes involucradas. En definitiva, el derecho penal se limita a poner un freno –acotado en el tiempo– a los episodios de violencia. Cura el “síntoma” evidente de la conflictiva familiar, pero no aporta soluciones de fondo a la problemática de la violencia doméstica.

Así lo han resaltado Grosman y Mesterman en su investigación, al extraer conclusiones acerca de las percepciones de las propias víctimas en cuanto a la intervención de la justicia penal en materia de violencia doméstica:

Las racionalizaciones indicadas encubren la idea subyacente de que el camino penal es absolutamente inadecuado para el tratamiento de estos conflictos familiares, o sea que el procesamiento del acusado y su condena, en nada contribuirán al mejoramiento de las relaciones familiares y, por el contrario, pueden constituir un factor de tensión, estímulo de nuevos actos de violencia. La ineffectividad de la ley penal hallaba su respaldo en la propia actitud de la afectada. En numerosos procesos compulsados se verificó que la víctima de la agresión por parte de su cónyuge o compañero, después del impulso inicial que motivó la denuncia, volvía sobre sus pasos y no deseaba que el autor fuese juzgado y mucho menos condenado (Grosman y Mesterman, 2005, p. 450).

Es que la víctima, “cuando acude a la comisaría, *busca protección más que sanción al agresor*” (*idem*). De ello dan cuenta las cifras extraídas de la realidad española, de las cuales resulta que, de las mujeres muertas en 2005 en ese país, sólo 19.8% había denunciado previamente alguna agresión. Si se analizan estos datos, “la primera impresión que se obtiene es que un número muy elevado de mujeres no contempla el sistema penal como un recurso que pueda ayudarlas en su situación” (Larrauri, 2007, p. 64).

Desde otra perspectiva, y también como un indicador de la ineficacia del sistema penal en materia de violencia doméstica, se observa que el empeño por victimizar a cuantas mujeres han experimentado algún episodio de maltrato, acaba

...por atraparlas en la lógica de un sistema que, a fuerza de considerarlas víctimas vulnerables, las despoja de capacidad de decisión y termina por convertir las en culpables de sus propios actos. El discurso de vulnerabilidad de las mujeres maltrata-

²⁹ Véase al respecto las reflexiones esgrimidas por Raúl Zaffaroni sobre el camino penal para el tratamiento de la violencia doméstica (Birgin, 2005, pp. 270 y ss.).

das conduce a su consideración como sujetos incapacitados para decidir en libertad y desemboca en el efecto perverso de sustituir su voluntad por la del Estado [...] En sus manos queda la decisión sobre el camino correcto para salir de la violencia y, lo que es aun peor, para programar toda una vida (Laurenzo, 2009, pp. 285-286).

Un último obstáculo para la intervención eficaz del derecho penal se relaciona con su finalidad. Así, indica Larrauri que:

existe un consenso académico acerca de que el derecho penal sirve para retribuir delitos, o consensuar, prevenir o resocializar. También parece existir un consenso en que el sistema penal no es un medio apto para resolver problemas sociales. Podría responderse que todo delito es expresión o reflejo de un problema social. En efecto, quizás finalmente es una cuestión de grado. Pero podemos convenir que en algunos casos se está intentando predominantemente atajar un problema social; en otros, el derecho penal se limita a intentar cumplir su cometido de castigar, prevenir o resocializar un comportamiento que puede ser expresión de un conflicto social (pero que el sistema penal no aborda) (Larrauri, 2007, p. 65).

En síntesis, no pretendo aquí sentenciar en forma absoluta que el derecho penal debe mostrarse ajeno a las problemáticas que se suscitan en materia de violencia doméstica. Su presencia y utilidad se pone de manifiesto –reitero– cuando de los hechos denunciados resulte la configuración de un delito. Lo que procuro resaltar es que la intervención penal que en tantos ordenamientos comparados se propugna, se perfila como una mirada parcial de la conflictiva que da origen a la violencia, incapaz de analizar los múltiples factores que –como veremos– coexisten en este flagelo. El sistema penal es eficaz exclusivamente a la hora de sancionar al agresor que ha cometido un delito, por eso, su utilización debe ser de *ultima ratio* sólo frente a situaciones donde corresponda activar medidas punitivas.

En definitiva, como bien se ha dicho, “Exigir, alentar o aceptar mayores penas sabiendo que éstas no contribuyen a disminuir las dimensiones del problema es un ejemplo de populismo punitivo, decir lo (que se cree) que las víctimas quieren oír, y no decir [...] lo que uno racionalmente cree: que la violencia es un problema complejo, que debe ser abordado con leyes integrales...” (*ibid.*, p. 64).

Hacia una mirada integral e interdisciplinaria de la violencia doméstica

Un paso previo y necesario: la prevención

Según el *Diccionario de la Real Academia*, el acto de “prevenir” consiste en la “preparación y disposición que se hace anticipadamente para evitar un riesgo o

ejecutar una cosa”. En el contexto de este trabajo, deben entenderse como preventivas todas aquellas acciones que lleven a evitar la aparición de la violencia o que permitan su interrupción (Grosman y Mesterman, 2005, p. 455).

La implementación de políticas públicas preventivas constituye un eslabón de vital importancia para combatir la violencia doméstica ya que, por su esencia, son las únicas que poseen la capacidad de actuar antes de que acaezcan situaciones susceptibles de derivar en violación de derechos. Así lo ha entendido la propia Ley 26.485, cuando en su artículo 2o., inc. d), señala la necesidad de promover y garantizar “El desarrollo de políticas públicas de carácter interinstitucional sobre violencia contra las mujeres”.

En este sentido, dentro del amplio cúmulo de “acciones positivas” que debe instar el Estado argentino por mandato constitucional (artículo 75, inc. 23, Constitución Nacional),³⁰ las de neto corte preventivo tienen prioridad dado que, en rigor, son las que mejor se condicen con la efectiva satisfacción de derechos por sobre la restitución de derechos vulnerados –a la que se llega cuando el daño ya se ha producido–. En otros términos, si se tiene en cuenta la agresión, es decir, el suceso o los sucesos puntuales, pero no se consideran lo suficiente aquellos factores que los han provocado, o sea, el núcleo de la violencia, la intervención podrá ser efectiva, pero se quedará a mitad de camino. Como bien se ha señalado: “si se quiere acabar con la violencia conyugal, es necesario proyectar una acción más amplia; debe hacerse hincapié en la educación, la de los adultos y sobre todo la de los jóvenes” (Hirigoyen, 2008, p. 170).

Grosman y Mesterman afirman que las acciones preventivas en el marco de la violencia doméstica tienen los objetivos que se mencionan a continuación:

- a) *Objetivos generales*: reducir la incidencia del problema de la violencia familiar; promover una ideología basada en los derechos humanos en el interior de la familia; y promover la salud, en términos de mayor bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de los integrantes de la familia;
- b) *Objetivos específicos*: promover el desarrollo pleno de los integrantes de la pareja conyugal; acrecer el conocimiento de recursos; incidir sobre las prácticas organizacionales; influenciar la política social y la legislación; favorecer las redes interinstitucionales; promover la formación de especialistas y ampliar su papel (2005, p. 457).

³⁰ El artículo 75, inc. 23, de la Constitución Nacional establece, entre el cúmulo de obligaciones que le depara al Congreso de la Nación, la de “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

Para lograr tales objetivos, son diversas las políticas que deben adoptarse desde el Estado. Una de las principales es, evidentemente, la información y difusión gráfica, radial y televisiva con dos fines esenciales: modificar las creencias, comportamientos y valoraciones sociales sobre las relaciones de género, y divulgar la existencia, cantidad y características de recursos e instancias disponibles para buscar ayuda en caso de encontrarse afectado por una situación de violencia doméstica.

En cuanto al primer aspecto mencionado, se trata de difundir el principio del modelo democrático en el funcionamiento de la familia, y el principio de igualdad entre el varón y la mujer en todos los ámbitos sociales de su desarrollo, incluido el doméstico, resaltando la necesidad de equiparar los derechos y responsabilidades en el cumplimiento de las funciones familiares (tanto conyugales como parentales).

Desterrar aquellas creencias ligadas a la naturalización de los roles estereotipados de los varones y las mujeres, que colocan a la mujer en un lugar de subordinación y obediencia frente al varón, y la relegan a la función del cuidado del hogar y de los hijos, es uno de los mayores desafíos en la sociedad actual, especialmente en Latinoamérica donde estos patrones aún se encuentran arraigados en el imaginario social.

Así lo considera la Ley 26.485, al disponer expresamente la necesidad de impulsar “La remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres” (artículo 2o., inc. e). A su vez, el artículo 9 de dicha norma, entre las facultades que otorga al Consejo Nacional de la Mujer para garantizar el logro de los objetivos de la ley, subraya la de “Elaborar, implementar y monitorear un Plan Nacional de Acción para la Prevención, Asistencia y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres” (inc. a); así como la de “Garantizar modelos de abordaje tendientes a empoderar a las mujeres que padecen violencia, que respeten la naturaleza social, política y cultural de la problemática...” (inc. e); y la de “Promover campañas de sensibilización y concientización sobre la violencia contra las mujeres informando sobre los derechos, recursos y servicios que el Estado garantiza e instalando la condena social a toda forma de violencia contra las mujeres. Publicar materiales de difusión para apoyar las acciones de las distintas áreas” (inc. q).

El segundo elemento a garantizar, en este deber genérico de difusión, es el de poner en conocimiento de la población, los tipos de recursos existentes en los distintos ámbitos para el tratamiento de la problemática de la violencia, tanto legales y judiciales, como los servicios sociales y de salud públicos y privados especializados en el tema.

La trascendencia de esta divulgación se advierte claramente si se toma en cuenta el nivel de desinformación sobre el tema que aún padece nuestra sociedad. De ello da cuenta una investigación impulsada por el Equipo Latinoamericano de Justi-

cia y Género,³¹ en algunos de los principales centros urbanos de la Argentina (el Gran Buenos Aires –cordón que circunvala a la ciudad del mismo nombre–, la ciudad de Rosario y la de Córdoba), en 2006, de donde surge que en 1 600 mujeres entrevistadas, sólo 4 de cada 10 (40%) sabe que existe una ley que protege a las víctimas de violencia familiar, 14% de las entrevistadas cree que existe tal norma, aunque no están seguras, 34% no sabe si existe la ley, y 12% señala que no existe ley alguna (ELA, 2009, pp. 30 y ss.). Y más aún, del 54% mencionado que sabe o cree que existe una ley de violencia doméstica, poco menos de la mitad desconoce la manera en que esta norma protege los derechos de las víctimas.

Ligada al primer aspecto de difusión y modificación de patrones culturales, se halla una de las políticas públicas por excelencia para prevenir la violencia doméstica: tal es la educación para la igualdad de géneros desde la escuela primaria y en todas las instancias posibles.³² A tales fines, el artículo 10 de la Ley 26.485, se refiere genéricamente al deber estadual de promover y fortalecer “Campañas de educación y capacitación orientadas a la comunidad para informar, concientizar y prevenir la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales” (inc. 1); y, específicamente, indica al Ministerio de Educación la necesidad de articular “la inclusión en los contenidos mínimos curriculares de la perspectiva de género, el ejercicio de la tolerancia, el respeto y la libertad en las relaciones interpersonales, la igualdad entre los sexos, la democratización de las relaciones familiares, la vigencia de los derechos humanos y la deslegitimación de modelos violentos de resolución de conflictos” (inc. 2.a); “Promover la incorporación de la temática de la violencia contra las mujeres en las currículas terciarias y universitarias, tanto en los niveles de grado como de posgrado (inc. d);” y “Promover la revisión y actualización de los libros de texto y materiales didácticos con la finalidad de eliminar los estereotipos de género y los criterios discriminatorios, fomentando la igualdad de derechos, oportunidades y trato entre mujeres y varones” (inc. e).

Se trata, en definitiva, de impulsar el desarrollo de una sensibilidad ante la violencia, aprender a detectarla y rechazarla (Hirigoyen, 2008, p. 171), mejorar la percepción que las mujeres tienen de sí mismas, y brindarles las herramientas necesarias para identificar los primeros signos de violencia, así como enseñar a los varones a romper con modelos de funcionamiento familiar violento, ligados a patrones patriar-

³¹ En adelante ELA.

³² En materia de educación, es interesante observar el modo en que las representaciones de género se reproducen en la escuela, a través de la transmisión de contenidos que corresponden a una manera determinada de percibir la realidad, procurando moldear los valores, actitudes y comportamiento de los futuros adultos. Un papel esencial en esta reproducción de los roles de género lo han cumplido los libros de lectura destinados a estudiantes de la escuela primaria y secundaria. Al respecto, véase Ferrero (en Dalmasso, 2001, pp. 25 y ss.).

cales y tradicionales acerca de la distribución de las funciones femeninas y masculinas. La educación no debe situar a la dominación como valor principal en la relación con el otro. Es necesario enseñar a los niños y adolescentes a solucionar los conflictos de manera pacífica, inculcarles la tolerancia y el respeto mutuo.

Pero la educación tiene que ver con un fenómeno más amplio: el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales o, en términos llanos, la generación de políticas públicas universales tendientes a modificar el entorno social, económico y cultural favorable a la violencia. Se trata de fortalecer el deber del Estado, de crear las condiciones materiales y culturales que coadyuven a la protección de los derechos humanos de sus ciudadanos.³³ La exclusión y marginación socioeconómica constituyen elementos fortalecedores del comportamiento violento, y colocan a sus víctimas en una situación de mayor vulnerabilidad asociada a la escasez de recursos y redes para hacer frente a la problemática. Escasez no sólo ligada a lo material, sino también a lo personal o intelectual, ante la dificultad de acceso a lo que, repito, constituye una fuente principal de prevención: la educación.

Esto se advierte en la investigación propiciada por ELA a la que hice referencia, de la cual surge que aquellas personas que tienen menor nivel educativo (sólo primario), configuran el mayor porcentaje entre quienes desconocen la existencia de una ley de violencia familiar y las medidas de protección que ésta consagra. A mayor abundamiento, de los datos aportados por el Centro de Informática Judicial sobre los casos iniciados entre enero y mayo de 2009, surge que de 3 118 damnificados, 52.41% pertenece a los estratos bajos, 37.91% a la clase media, 4.43% a niveles de indigencia y 1.57% a la clase alta (no detallándose lo atinente al 3.68% restante).

Mientras la educación, lamentablemente, no sea garantizada a todos los habitantes en igualdad de condiciones, es preciso dar prioridad a aquellas campañas de concientización que se encuentren al alcance de la gente de escasos recursos materiales e intelectuales. La televisión, en este sentido, se alza como un medio de amplio alcance para todos los sectores de nuestra sociedad. Otro recurso importante —vigente en la ciudad de Buenos Aires y en algunas regiones del país— es la existencia de líneas telefónicas gratuitas a los fines de divulgación, apoyo y asesoramiento. Así lo dispone la Ley 26.485 al señalar la necesidad de “Implementar una línea telefónica gratuita y accesible en forma articulada con las provincias a través de organismos gubernamentales pertinentes, destinada a dar contención, información y brindar asesoramiento sobre recursos existentes en materia de prevención de la violencia contra las mujeres y asistencia a quienes la padecen” (artículo 9o., inc. o).

³³ Sobre la incidencia de la situación económica en el fenómeno de la violencia doméstica, consultar Sherman y Morano (2002, p. 71).

Otro de los temas centrales ligados a la prevención es la capacitación de los legisladores que se encargan de definir los contornos del sistema protectorio de la violencia doméstica (mediante normas, refugios, destino de recursos en salud, subsidios, etc.); de los operadores en violencia familiar en general (funcionarios y empleados judiciales, personal de salud –médicos, psiquiatras, psicólogos, enfermeros, etc.–, trabajadores sociales, policías, abogados, etc.); de los educadores y docentes; de los investigadores; y de los responsables de los medios de comunicación.

La capacitación, en especial de los operadores que trabajan y deciden en materia de violencia doméstica, es esencial si se advierte el cúmulo de prejuicios que subyacen respecto de la víctima al momento de formular la denuncia. Con agudeza, describe Larrauri que frecuentemente se escuchan en la justicia –en el caso español, en el sistema penal– cinco tópicos en torno de las mujeres denunciadas, a saber: a) la mujer irracional (que retira la denuncia); b) la mujer instrumental (que denuncia para quedarse con la vivienda); c) la mujer mentirosa (que denuncia falsamente); d) la mujer punitiva (que provoca a la pareja para que se le acerque); y e) la mujer vengativa (que quiere castigar más al hombre) (2009, pp. 249 y ss.). Desterrar estos y otros prejuicios es función esencial de la capacitación en los distintos efectores encargados de abordar esta problemática.

Una instancia preventiva de suma trascendencia es la de la provisión de recursos comunitarios descentralizados, organizaciones gubernamentales o no gubernamentales, y programas alternativos para intervenir e intentar dar respuesta a situaciones de violencia familiar antes de su judicialización. Así lo indica expresamente la Ley 24.685 en el artículo 10, al subrayar la necesidad de crear “Unidades especializadas en violencia en el primer nivel de atención que trabajen en la prevención y asistencia de hechos de violencia, las que coordinarán sus actividades según los estándares, protocolos y registros establecidos y tendrán un abordaje integral de las siguientes actividades: a) Asistencia interdisciplinaria para la evaluación, diagnóstico y definición de estrategias de abordaje; b) Grupos de ayuda mutua; c) Asistencia y patrocinio jurídico gratuito; d) Atención coordinada con el área de salud que brinde asistencia médica y psicológica; e) Atención coordinada con el área social que brinde los programas de asistencia destinados a promover el desarrollo humano” (inc. 2); “Centros de día para el fortalecimiento integral de la mujer” (inc. 5); “Instancias de tránsito para la atención y albergue de las mujeres que padecen violencia en los casos en que la permanencia en su domicilio o residencia implique una amenaza inminente a su integridad física, psicológica o sexual, o la de su grupo familiar, debiendo estar orientada a la integración inmediata a su medio familiar, social y laboral” (inc. 6); y “Programas de reeducación destinados a los hombres que ejercen violencia” (artículo 7o.).

Se trata de crear una organización efectiva en red, de las acciones multisectoriales e institucionales de los ámbitos públicos y privados (Rubiano y otros, 2003,

p. 254),³⁴ del modo que indica la mencionada Ley 26.485: “La adopción del principio de transversalidad estará presente en todas las medidas así como en la ejecución de las disposiciones normativas, articulando interinstitucionalmente y coordinando recursos presupuestarios” (artículo 7o.d). Ello conlleva a “Promover en el ámbito comunitario el trabajo en red, con el fin de desarrollar modelos de atención y prevención interinstitucional e intersectorial, que unifiquen y coordinen los esfuerzos de las instituciones públicas y privadas” (artículo 9o.t).

El rol de la justicia

(i) Legitimación activa y obligación de denunciar

La Ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar distingue dos tipos de denuncias: la voluntaria y la obligatoria. La denuncia voluntaria está prevista por el artículo 1o. de la norma, en tanto señala que “toda persona que sufriese lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar *podrá* denunciar estos hechos en forma verbal o escrita...”; también está prevista en la segunda parte del artículo 2o. de la ley, al decir que “el menor o incapaz *puede* directamente poner en conocimiento de los hechos al ministerio público”. La obligatoriedad de la denuncia surge de la primera parte del artículo 2o. de la ley, que establece que “cuando los damnificados fuesen menores o incapaces, ancianos o discapacitados, los hechos *deberán* ser denunciados por sus representantes legales o el Ministerio Público. También estarán *obligados* a efectuar la denuncia los servicios asistenciales sociales o educativos, públicos o privados, los profesionales de la salud y todo funcionario público en razón de su labor”.

Del texto legal surge claramente que cuando se trata de adultos víctimas de violencia, solo se encuentra legitimado para entablar la denuncia el propio damnificado. La solución legal se presentaba como limitada en algunos supuestos –si bien minoritarios, pero existentes– en los que la víctima de violencia carece de recursos emocionales e intelectuales para tomar la decisión de formular judicialmente una denuncia contra el agresor.³⁵

Al tiempo de sancionarse la ley, alguna doctrina criticó la disposición normativa, señalando que hubiera sido deseable brindar a los familiares de la víctima la posibilidad de reclamar protección judicial, puesto que son ellos quienes muchas veces deben asistir a hechos de violencia que les provocan, asimismo, mortificaciones y

³⁴ Sobre la articulación en red del tratamiento de la violencia doméstica, véase también Lloveras y Cantore (2006).

³⁵ Véase al respecto Famá (2004).

perturbaciones físicas o psíquicas (Grosman y Martínez Alcorta, 1995).³⁶ En este sentido, se sugirió que pese a la falta de previsión legal, de formularse la denuncia por cualquier tercero siendo la víctima mayor de edad, el juzgado debía aceptarla y citar al damnificado a ratificarla, práctica de hecho seguida en muchos juzgados de familia (Lamberti, 2008, p. 65).³⁷

En una serie de encuestas que se realizaron en 1996 a los jueces de familia de la ciudad de Buenos Aires, éstos manifestaron “la conveniencia de ampliar el espectro de los denunciantes, con referencia a las víctimas adultas y capaces, extendiendo esa facultad a cualquier miembro del grupo familiar o conviviente”. Y explicaban esta necesidad porque el miedo que invade al afectado es tal, que le imposibilita el ejercicio de su derecho de poner en conocimiento de las autoridades pertinentes la violencia que padece (Castro, 1998, p. 189).³⁸

Esta solución ya se encontraba prevista en el derecho comparado, y fue adoptada luego por sendas legislaciones locales que siguieron a la Ley 24.417. Así, por ejemplo, en la Ley peruana 26.260 de 1993, la denuncia puede ser formulada por los parientes consanguíneos del afectado y por cualquier persona que conozca los actos de agresión.

En el mismo sentido, el artículo 8o. de la Ley 17.514 de Violencia Doméstica del Uruguay, de 1996, establece que “cualquier persona que tome conocimiento de un hecho de violencia doméstica, podrá dar noticia al Juez competente en la materia, quien deberá adoptar las medidas que estime pertinentes de acuerdo a lo previsto en esta ley. Siempre que la noticia presente verosimilitud, no le cabrá responsabilidad de tipo alguno a quien la hubiere dado”.

A su vez, el artículo 7o., inc. c) de la Ley 7.586 contra la Violencia Doméstica de Costa Rica, sancionada en 1996, prevé la posibilidad de que un tercero formule la denuncia pertinente si la víctima está imposibilitada por encontrarse grave, como producto de una situación doméstica. La norma establece en el artículo 8 que, en tal caso, la solicitud presentada por el tercero requerirá autenticación.

El Decreto Ley 902, de 1997, de El Salvador, dispone en el artículo 13 que “toda persona que tenga conocimiento de un hecho constitutivo de violencia intrafamiliar, podrá denunciarlo o dar aviso a la Policía Nacional Civil, a los Tribunales competentes y a la Procuraduría General de la República”.

En la misma línea se encuentra la Ley 1.674 de Bolivia, de 1995, cuyo artículo 22 reza: “Están legitimados para solicitar protección a favor de la víctima, denun-

³⁶ Véase, también, Minyersky y Paz (en Fugaretta y Romano, 2001, p. 82); Grosman (en Birgin, 2005, p. 59); Braga Menéndez (2003).

³⁷ Véase, también, Lamberti y Viar (2008, pp. 157 y ss.).

³⁸ También hubo argumentaciones que refutaron esta necesidad por considerar que no es jurídicamente procedente y que a la vez no sería efectivo si no existe un acompañamiento o un compromiso del afectado.

ciendo hechos de violencia física o psicológica, sus parientes consanguíneos, afines o civiles, o cualquier persona que conozca estos hechos”.

Por su parte, el Decreto Ley 97/96 para “Prevenir, sancionar y erradicar la Violencia Intrafamiliar”, de Guatemala, en su artículo 3o. señala que cualquier persona podrá hacer la denuncia cuando la víctima agraviada sufra de incapacidad física o mental, o cuando la persona se encuentre impedida de solicitarla por sí misma. Del mismo modo, podrá formularla cualquier miembro del grupo familiar, en beneficio de otro.

Es más restringida, en cambio, la legitimación que propugna la Ley sobre la violencia contra la mujer y la familia de la República de Venezuela, de 1998, que la extiende sólo a los parientes consanguíneos o afines, y no a cualquier tercero, como asimismo al representante del Ministerio Público y la Defensoría Nacional de los Derechos de la Mujer y a las organizaciones no gubernamentales destinadas a la defensa de los bienes jurídicos protegidos en esta Ley, creadas con anterioridad a la perpetración del hecho punible (artículo 31).

En la Argentina, la Ley 12.569 de la Ley de Protección contra la Violencia Familiar de la Provincia de Buenos Aires establece, en su artículo 3o., una legitimación activa tan amplia que faculta a todo ciudadano que tome conocimiento del hecho a denunciarlo.³⁹ Igual alcance tiene la Ley de Córdoba 9.283 (artículo 13). Con mayor precisión, la Ley 2.212 de Neuquén prevé, en el artículo 7o., que “si la víctima del maltrato o abuso estuviera impedida de hacer la denuncia, cualquier persona que haya tomado conocimiento del hecho deberá comunicarlo al juez competente”. Una disposición similar contiene la Ley 39 de Tierra del Fuego (artículo 2o.).

Por su parte, la Ley 4.241 de Río Negro establece, en el artículo 17, que se encuentran legitimados para denunciar situaciones de violencia familiar: “b) Los parientes de la víctima [...] d) Las personas que en su relación de vecindad o amistad hayan tomado conocimiento del hecho, si la víctima se encontrare impedida para hacerlo de manera física o emocionalmente en forma temporaria o permanente”.

Algo más acotada en cuanto a la extensión de la legitimación es la Ley 11.529 de Santa Fe, cuyo artículo 3o. determina la obligación de denunciar los hechos por parte de los servicios sociales, asistenciales, educativos, profesionales de la salud y todo agente público en cumplimiento de su labor, no sólo ante la presencia de menores e incapaces, sino también cuando la víctima fuera mayor y estuviera impedida para hacer la denuncia.

La limitación impuesta en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires por la Ley 24.417 fue superada luego de la sanción de la Ley 26.485, que contiene dos normas relativas al tema: el artículo 18, en tanto señala que “Las personas que se

³⁹ Para un mayor abundamiento sobre esta legislación, véase Di Lella y Di Lella (2001); Chechile (2001); Medina (2003, p. 83); Striebeck (2002).

desempeñen en servicios asistenciales, sociales, educativos y de salud, en el ámbito público o privado, que con motivo o en ocasión de sus tareas tomaren conocimiento de un hecho de violencia contra las mujeres en los términos de la presente ley, estarán obligados a formular las denuncias, según corresponda, aun en aquellos casos en que el hecho no configure delito”; y el artículo 24, que entre los legitimados activos enuncia a “Cualquier persona cuando la afectada tenga discapacidad, o que por su condición física o psíquica no pudiese formularla” (inc. c), salvo en los casos de violencia sexual, en que la mujer que la haya padecido es la única legitimada para hacer la denuncia (inc. d). A su vez, el inc. e) de este último artículo subraya que “La denuncia penal será obligatoria para toda persona que se desempeñe laboralmente en servicios asistenciales, sociales, educativos y de salud, en el ámbito público o privado, que con motivo o en ocasión de sus tareas tomaren conocimiento de que una mujer padece violencia siempre que los hechos pudieran constituir un delito”.

La norma es en verdad confusa en este aspecto y suscita algunas reflexiones. En primer lugar, lo que resulta, a mi juicio, una incorporación positiva de la ley: la ampliación de la legitimación para realizar la denuncia a “cualquier persona” —a quien además se le garantiza la reserva de su identidad (artículo 21, *in fine*)—⁴⁰ cuando la víctima fuera discapacitada o cuando por su condición física o psíquica no pudiese formularla. Esta posibilidad se adecua a los principios emanados de la Convención de Belém do Pará, cuyo artículo 7o., inc. f) consagra el deber de los Estados Parte de “establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyen, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el *acceso efectivo a tales procedimientos*”.⁴¹

Una manera de garantizar este acceso efectivo es reconocer legitimación para actuar a cualquier tercero (parientes, amigos, vecinos) en aquellos supuestos en que medie imposibilidad física o psíquica para promover la denuncia. Ello sin perjuicio de la existencia de un derecho subjetivo propio y concreto para accionar a favor de aquellas personas afectadas al menos indirectamente por la violencia (por ejemplo, los hijos aun mayores de edad, otros parientes que convivan en el hogar).

⁴⁰ Sobre el tema de la reserva de identidad del denunciante, resulta interesante mencionar un fallo de Córdoba en el que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 17 de la Ley 9.283 de dicha provincia (que precisamente impone tal reserva) ante el pedido del denunciado de que se le entregaran copias de las actuaciones cumplidas en el expediente a los fines de ejercer el derecho de defensa, entre ellas la denuncia en su contra. En el caso se resolvió que “en virtud que la medida cautelar ya ha sido tomada y que todo habitante de la República tiene el derecho consagrado en la Carta Magna de defensa en juicio, es que corresponde hacer lugar a lo solicitado, ya que la reserva de la medida sólo puede justificarse dada su naturaleza cautelar hasta la ejecución de la misma, pero de ninguna manera luego de efectuarse por lo que resulta admisible lo solicitado” (Juz. de Flia. 2da. Nom, Córdoba, 28/04/2006, “C. J. M.”, <www.abeledoperrot.com>).

⁴¹ La itálica me pertenece.

Puede discutirse si debe respetarse o no la determinación de un adulto plenamente capaz, de permanecer inactivo ante el maltrato que sufre cotidianamente, a la luz del derecho a la libertad de intimidad.⁴² Sin embargo, el ejercicio de este derecho no siempre resulta una opción para las víctimas de violencia familiar. Ello se evidencia especialmente en aquellas relaciones de violencia asimétrica, en las cuales uno es el dominador y el otro el dominado. Esta asimetría o desigualdad conlleva a sentimientos de miedo, terror, opresión, desvalorización y un deterioro progresivo de la aptitud de la víctima para asumir su propia defensa, que descarta la autonomía y la libertad para actuar (Bertelli, 1998, p. 5). Quienes sufren abuso se hallan ubicados en un lugar de subordinación y sumisión que los aísla cada vez más del medio social y los paraliza, impidiéndoles reaccionar y pedir ayuda. Se trata de las víctimas “especialmente vulnerables”, es decir, de aquellos grupos sociales que reúnen caracteres propios y comunes, endógenos y exógenos, que los hacen fácilmente victimizables (Morillas, 2003, p. 102).

Se distingue entre por lo menos dos versiones de la autonomía de la voluntad: la autonomía como oportunidad del agente para ejercer su capacidad de elección (ante la verificación de un factor de dependencia económica absoluta del agresor); y la autonomía como conformidad con la ley moral, donde interesa no sólo la capacidad de elegir sino el contenido de la elección (la situación de ciertas mujeres vinculadas a la violencia por razones “pseudomorales”, como el débito conyugal) (Lloveras y Cantore, 2006a, pp. 397-398).

De ello da cuenta la investigación llevada a cabo por ELA, en el 2007, a partir de entrevistas a víctimas de violencia doméstica y a profesionales que trabajan en el tema, en el área metropolitana de Buenos Aires, en la que se observa que existen múltiples circunstancias objetivas y subjetivas que obstaculizan las posibilidades de las mujeres de poner fin a la relación violenta. Entre los obstáculos objetivos, se destacan la dependencia económica, la marginalidad como situación de riesgo para otros abusos de terceros, el aislamiento de otras relaciones personales, etc. Entre los obstáculos subjetivos, se verifica el temor a la represalia del hombre violento, el temor a perder su estilo y nivel de vida, el temor a estar sola, la dificultad de tomar decisiones que impliquen una imposición a un hombre, y la dificultad de contradecir los mandatos familiares, sociales y religiosos (ELA, 2009, pp. 48 y ss.).

Los testimonios que surgen de la compulsión de expedientes judiciales muestran –como veremos luego– que la denuncia es un proceso que necesita tiempo y re-

⁴² Entre quienes se han mostrado reticentes a ampliar la legitimación activa en estos procesos puede citarse a Úrsula Basset: “La apertura indefinida de los tipos de la violencia familiar, no sólo conspira contra la finalidad y fundamento de la ley, sino que también implica poner en jaque el delicado equilibrio entre privacidad familiar, el principio de subsidiariedad en la policía estatal de la familia y activismo e intervención estatal en la familia” (2009).

quiere el apoyo y la contención de una red familiar o social. La familia y las redes barriales constituyen el soporte emocional y material indispensable, no sólo para efectuar la denuncia, sino para sostenerla (Birgin, 1999, p. 355).

Esto ha sido evidenciado también por nuestra jurisprudencia, al destacarse que:

Los episodios de violencia familiar, ya sean amenazas, agresiones verbales, desvalorizaciones de la otra persona y violencias físicas, ocurren en un ámbito privado oculto a la mirada de terceros, y sólo ocasionalmente son presenciados por familiares o amigos. Por ello, los testimonios sobre sucesos esparcidos en el tiempo sirven para dar cuenta de una continuidad cierta de tal sistema violento de interacción familiar.⁴³

Pero, así como he recibido positivamente la ampliación de la legitimación para denunciar propuesta por la Ley 26.485, debo destacar que la modalidad adoptada por la norma ha sido deficiente, por dos razones. La primera se vincula con la falta de mención concreta de la actuación de la persona damnificada frente a la denuncia formulada por un tercero. La ley debió haber previsto la necesidad de citar posteriormente a la persona que ha sufrido el abuso, a los fines de ratificar la denuncia realizada por este tercero que no se constituye en parte del proceso.⁴⁴ Si en un plazo determinado la persona no compareciera, o si de presentarse, no convalidara los hechos denunciados, es difícil sostener la posibilidad de continuar con el trámite del proceso. Esta situación nos conduce a interrogarnos acerca del límite de la intervención del Estado en la familia, cuando la problemática se plantea entre personas mayores de edad y capaces.

Entiendo que aunque no existan niños o incapaces en la familia, la violencia sigue siendo un problema social y político, y no individual. Pero la dificultad que se plantea en estos supuestos es cómo intervenir y hasta dónde.⁴⁵ ¿Cómo se conjugan, en el caso, el derecho a la intimidad de la denunciante y la autonomía de la familia, cuando se advierte la vulneración de derechos en el ámbito privado? ¿Son disponibles estos derechos? La respuesta no es simple. Nos muestra la constante tensión que existe entre lo público y lo privado, entre el respeto a la intimidad por un lado y las responsabilidades del Estado por el otro; tensión que, por cierto, resulta uno de los problemas más arduos de resolver en materia de derecho de familia.

⁴³ Cámara Nacional de Apelaciones de los Civil (CNCiv.), Sala B, "R., M. c. V., E. A.", 4/09/1997, LL, 1999-C-719.

⁴⁴ Esta ratificación posterior ha sido prevista exclusivamente en materia de violencia sexual, en cuyo caso –reitero– la ley sólo admite como legitimada a la propia mujer y, en caso de que la denuncia fuera efectuada por un tercero, dispone expresamente que deberá citarse a la víctima para que la ratifique o rectifique en 24 horas (artículo 24, inc. d).

⁴⁵ Véase Teubal (2001, p. 213).

En el plano institucional, dada la estructuración jurídica y cultural de la sociedad, existen barreras para que el Estado penetre y actúe en el ámbito “privado” de la familia. Sin embargo, las nuevas tendencias apuntan a dejar de lado la separación estricta entre Estado y familia. El desafío es mantener un equilibrio entre la necesidad de proteger la privacidad y la intimidad familiar (explicitando los límites de la intervención pública) (Jelin, 1998, p. 130) y la obligación estatal de garantizar el goce efectivo de los derechos humanos fundamentales. En este sentido, se ha sostenido que “Esta nueva visión desde los derechos humanos de la violencia familiar no puede ser interpretada de modo que los abordajes a proponer invadan el circuito o área familiares, que siguen siendo privadas, o reservadas –según se mire–, sino que exige una delimitación de los márgenes posibles para el tratamiento del conflicto de violencia familiar” (Lloveras y Cantore, 2006a, p. 396).

En materia de violencia familiar, el equilibrio se conjuga con la necesidad de bajar desde la interdisciplina con la persona damnificada para “empoderarla” y permitirle sostener la denuncia formulada por el tercero. Si este trabajo fracasa, la intervención estadual llega a su límite, pues es absurdo e ineficaz mantener abierto un proceso sin la participación activa de las partes directamente involucradas en la conflictiva violenta. Recordemos que no se trata aquí de un procedimiento penal derivado de la comisión de delitos de orden público, que debe ser seguido de oficio por el tribunal; se trata de un trámite especial que, además de las medidas protectorias, requiere un trabajo previo y posterior con las partes, que en modo alguno podrá ser efectivo sin su colaboración.

La segunda deficiencia o defecto *aún más grave* que resulta de la Ley 26.485 es el relativo a la *obligación* de formular la denuncia por parte de aquellas personas que se desempeñen en servicios asistenciales, sociales, educativos y de salud, en el ámbito público o privado, que con motivo o en ocasión de sus tareas tomaran conocimiento de un hecho de violencia contra las mujeres en los términos de la ley, *aun en aquellos casos en que el hecho no configure delito* (artículo 18). Cuando los hechos, además, pudieran constituir un delito, será obligatorio realizar la denuncia penal (artículo 24, inc. e).

Esta obligación de denunciar cualquier situación de violencia familiar (en los términos tan amplios que define la ley) se topa con el deber de secreto que pesa sobre los profesionales en virtud de lo dispuesto por el artículo 156 del Código Penal argentino, en tanto reza que “será reprimido con una multa [...] e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar un daño, lo revelare sin justa causa”. Esta norma debe conjugarse con lo previsto por el artículo 34, inc. 4, del mismo ordenamiento, que determina que no es punible “el que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo...”, y por el artículo 177, inc. 2, que establece: “Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio: 1o.)... 2o.) Los mé-

dicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a los delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional”.

El secreto profesional encuentra su fundamento constitucional en el artículo 19 de la Constitución argentina cuando garantiza la libertad de intimidad. Así, se ha dicho que éste

...tiene por objeto dicha esfera íntima de la persona, considerada tanto en su entidad física como moral. Quedan incluidas las situaciones que le atañen desde varios puntos de vista: familiar, política, comercial, económica, religiosa, etc. Este secreto se basa en la necesidad, por diferentes motivos, de confiar a una persona asuntos reservados debido a su estado, posición, oficio, empleo, profesión o arte (Cifuentes, 1989).

Por ende, el secreto profesional sólo puede ser desplazado cuando se determine la existencia de una “justa causa”, en los términos previstos por el artículo 156 antes citado. Pero, ¿cuál o cuáles serán esas justas causas, si se trata de personas mayores de edad y capaces? ¿Cualquier tipo o modalidad de violencia –aunque no afecte de manera inmediata y riesgosa la vida o la integridad física de la persona– puede considerarse una justa causa para denunciar? ¿Cómo se conjuga esta obligación de denunciar con la propia apreciación del profesional –por ejemplo el psicólogo o el psiquiatra– acerca de la evolución y características del tratamiento de la persona afectada?

Estos interrogantes son complejos, y han merecido respuestas disímiles en función de las características de cada caso en concreto. En general, han sido los penalistas quienes se han ocupado del tema, pues –según lo normado por el mencionado artículo 177– la regla en la materia es que la obligación de denunciar se limita a aquellos supuestos de comisión de delitos contra la vida y la integridad física, y que además configuren delitos de acción pública. Pero, como vimos, la Ley 26.485 va más allá: abarca todo tipo de situaciones incluidas dentro de lo que se entiende por violencia (en el marco de este trabajo, violencia doméstica).

Desde la doctrina penal, se ha afirmado que habrá causa justa de revelación del secreto cuando concurra un verdadero estado de necesidad, en el cual se legitima la revelación por evitar un mal mayor (Soler, 1988, p. 143); cuando se trate de la defensa del propio interés, en caso de que el obligado a mantener el secreto necesite repeler un ataque contra sus intereses por parte del interesado en el secreto; cuando medie el ejercicio de un derecho, tal el caso del cobro de los honorarios correspondientes al servicio prestado; cuando opere el consentimiento del interesado; y en aquellos casos donde es la propia ley la que establece la justa causa de revelación (Nuñez, 1980).⁴⁶ Tal es el caso de la Ley 26.485.

⁴⁶ En el mismo sentido véase, entre otros, Munilla Lacasa (2005) y Todarello (2008).

El problema no se plantea cuando existe consentimiento del interesado pues, obviamente, en tal supuesto no resulta vulnerado su derecho a la intimidad. De hecho, esta es la causal por excelencia que releva del secreto profesional, tanto en materia penal como en el ámbito civil, pues el artículo 244, párr. 2, del Código Penal expresamente dispone que quienes tengan conocimiento de determinados hechos por su ocupación, oficio o profesión “no podrán negar su testimonio cuando sean liberados del deber de guardar secreto por el propio interesado”.

La cuestión, por el contrario, se vuelve compleja en aquellos supuestos en que la persona damnificada no tiene intención de formular la denuncia y el profesional se ve compelido por lo dispuesto por la Ley 26.485, que –repito– determina implícitamente que las situaciones de violencia configuran una “justa causa” para revelar el secreto profesional. Y aquí se presentan dos inconvenientes: uno, ligado a la violación del derecho a la intimidad de la propia persona que se niega a actuar; el otro –como ya adelanté– inherente a la conveniencia de dar intervención a la justicia en determinada etapa del tratamiento, cuando se advierte por parte del profesional que dicha intervención podría ser perjudicial para el estado psíquico de la persona y, aún más, porque todavía no se encuentra en condiciones de “empoderamiento” para sostener una denuncia de tal magnitud.

Los profesionales de la salud mental acuerdan en que la privacidad –el ámbito íntimo de la persona– constituye una condición para un buen proceso terapéutico y, a la vez, en que la convicción de que la intimidad no será violada, es lo que permite al paciente revelar secretos que no revelaría en otro contexto ni a otra persona. Es por ello que el área de la confidencialidad es esencial a la relación paciente-terapeuta. El temor o la preocupación de que se revele información confidencial afectan negativamente la relación terapéutica. Sólo el secreto profesional garantizado permitirá que el paciente exprese sus emociones, revele sus fantasías, es decir, aporte con libertad y espontaneidad todo el material con el que se trabajará durante el proceso terapéutico. La relación singular que se establece entre el terapeuta y el paciente, y la posición que ineludiblemente ocupa éste respecto del profesional, conlleva el inexcusable respeto a la confidencialidad (Kraut, 1988).

Desde esta perspectiva interdisciplinaria, considero inadecuada la solución brindada por la Ley 26.485 que, además, se torna inconstitucional a la luz del derecho a la intimidad. Sólo en situaciones muy extremas, ante la convicción suficiente de que el paciente pueda sufrir un severo daño que ponga en peligro inminente su vida o su integridad física, la violación de la reserva profesional se torna lícita e, incluso, obligatoria. En los demás supuestos, la confidencialidad debe prevalecer, no sólo como garantía constitucional, sino también como máxima determinante de la relación médico-paciente y del éxito de un tratamiento que luego permita a la

persona actuar por sí misma y elegir las herramientas legales, judiciales y alternativas que se le ofrezcan a tales fines.⁴⁷

(ii) Las medidas cautelares

Tanto la Ley 24.417 como la 26.485 ofrecen un catálogo de medidas protectorias ante situaciones de violencia doméstica. Ambas legislaciones se encargan de destacar que las medidas allí enunciadas no son taxativas, de modo que, a criterio del magistrado y en función de las circunstancias del caso, se pueden adoptar otras no especificadas por la norma.

Dado el amplio catálogo de medidas previsto en las normas vigentes (que incluyen la exclusión de la persona violenta del hogar, el reintegro de la persona agredida, el pago de un sustento en forma provisoria, la prohibición de compra y tenencia de armas al presunto agresor, entre varias otras) deben precisarse algunos aspectos esenciales en torno a su implementación. La primera cuestión a dilucidar es la inherente a la procedencia de las medidas protectorias, es decir, que circunstancias ameritan su dictado a criterio del magistrado. Este aspecto se relaciona necesariamente con la naturaleza jurídica de las medidas que prevén las respectivas legislaciones que muchos califican de autosatisfactivas.⁴⁸ Según Peyrano, estas medidas se caracterizan por: a) la existencia del peligro en la demora (igual que en la medida cautelar); b) La fuerte probabilidad de que sean atendibles las pretensiones del peticionante, es decir, a diferencia de las cautelares, no basta la mera apariencia del derecho alegado; c) dada esta fuerte probabilidad, normalmente no se requiere contracautela; d) el proceso es autónomo, en el sentido de que no es accesorio, ni tributario respecto de otro, agotándose en sí mismo; y e) la demanda es seguida de la sentencia (1998).⁴⁹

La procedencia de las medidas se relaciona con su naturaleza jurídica pues es precisamente esta caracterización la que permitirá determinar los requisitos a tener en cuenta para su adopción. La medida autosatisfactiva es una solución jurisdiccional urgente no cautelar, despachable *in extremis*, que requiere la prueba de una

⁴⁷ Al respecto, observa con acierto Birgin que la exigencia de denunciar es riesgosa: “podría darse el caso de una mujer que en un contexto terapéutico narre una situación de violencia, y de acuerdo con la norma, el profesional debe denunciar. Lo lógico es que la mujer abandone el tratamiento, resultando en la revictimización, una vez más. Podría llegarse al absurdo de que las personas que padecen violencia no recurran en busca de ayuda si saben que la consecuencia puede ser la denuncia penal. Éste es un tema que sería bueno estudiar con mayor detenimiento, confiando más en los profesionales que están a cargo” (Birgin, 2009).

⁴⁸ El tema de la naturaleza jurídica de las medidas protectorias enunciadas en las legislaciones sobre violencia doméstica no es pacífico y su análisis excede con creces el objeto de este trabajo.

⁴⁹ Véase, también, Peyrano (1995).

fuerte probabilidad de que el planteo formulado sea atendible, y no de una mera apariencia. Sin embargo, esta noción deber ser matizada cuando se trata de violencia familiar, donde es posible que quede en el ánimo del juez la duda acerca de la verosimilitud de lo relatado (Kemelmajer de Carlucci, 1998)⁵⁰ y, de todos modos, proceda a dar curso a la medida solicitada. Ello, en tanto estas situaciones de gravedad justifican que, ante la duda, se otorgue la solución protectoria, incluso si luego se advierte que resulta exagerada. La prevención de un riesgo inminente para la integridad física o incluso para la vida de la denunciante o sus hijos ameritan tal decisión. De lo que se trata, en definitiva, es de realizar lo que Lamberti y Viar llaman un “balance de probabilidades” de que “sean atendibles las pretensiones de quien denuncia, en función del riesgo de sufrir nuevos actos de violencia en caso de no mediar interrupción de los mismos por parte de la justicia” (Lamberti y Viar, 2008, p. 224).

La jurisprudencia de Argentina ha destacado que:

Las medidas cautelares no exigen de los jueces el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Ello así, no obstante el especial cuidado que el objeto de tales medidas impone, pues la pretensión que constituye el objeto del proceso cautelar no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un examen del que resulte un cálculo de probabilidades de la existencia del derecho invocado. Ello se desprende de una cognición mucho más expeditiva y superficial que la ordinaria, razón por la cual no importa que coincida incontrastablemente con la realidad, pues tal certeza sólo aparece con la sentencia que pone fin al proceso.⁵¹

En el mismo sentido, se ha subrayado que la Ley 24.417

...ha establecido un procedimiento para el dictado de medidas urgentes de amparo hacia las víctimas de violencia familiar, que en modo alguno implica un decisorio de mérito que declare a alguien como autor de los hechos que se le atribuyen. Basta la sospecha del maltrato ante la evidencia física o psíquica que presente el maltrato, y la verosimilitud de la denuncia para que el juez pueda ordenar medidas.⁵²

⁵⁰ Véase, también, Verdaguer y Rodríguez Prada (1997).

⁵¹ Cám. Apel., Comodoro Rivadavia, Sala 2ª, 27/09/1999, “R., C. N. v. R. A., E. F.”, <www.abeledoperrot.com>, núm. 15/7821.

⁵² CNCiv, Sala A, 21/05/1996, “B., M. J. y otros c/ R., O. J. s/ denuncia por violencia familiar”, LL, 3/12/1996, entre muchos otros.

De hecho, ni la Ley 24.417 ni la 26.485 exigen la producción de prueba alguna para disponer las medidas protectorias allí enunciadas, u otras que el magistrado considere convenientes. En este sentido, la primera norma señala que dichas medidas podrán ser adoptadas “al tomar conocimiento de los hechos motivo de la denuncia” (artículo 4o.), y la segunda, que podrán decretarse “durante cualquier etapa del proceso” (artículo 26). Tan es así, que la experiencia práctica (confirmada por las estadísticas reseñadas al comienzo de este trabajo) muestra que, en la gran mayoría de los casos de los expedientes relevados (68%), se ha adoptado una o más medidas de las previstas por la ley.

El mejor indicador para examinar la procedencia de una medida es el diagnóstico preliminar sobre la situación de riesgo, al que alude el artículo 3o. de la Ley 24.417, y el artículo 6o. del Decreto 235/96. El problema que se presentaba en la práctica, al menos hasta la creación de la OVD, es que dicho diagnóstico, que según la última norma citada debía realizarse en el plazo de 24 horas de formulada la denuncia, podía demorar incluso meses, debido al cúmulo de tareas que aquejaban al Cuerpo Interdisciplinario de Violencia Familiar (organismo público encargado de llevarlo a cabo).

A raíz de ello, la cuestión fue paliada con la intervención del propio equipo interdisciplinario del juzgado (que en la ciudad de Buenos Aires sólo cuenta con dos trabajadores sociales)⁵³ y con la audiencia personal entre el juez y la persona denunciante. Luego de esta “exploración” previa que permitía formarse una impresión de la situación, no sólo a partir del relato, sino también de la corporalidad (por ejemplo, la gestualidad), de la emocionalidad y del lenguaje exhibidos por la denunciante, se evaluaba la procedencia de la medida.

En la gran mayoría de los casos, esta evaluación resultaba adecuada debido a la capacitación de muchos jueces de familia, y a la experiencia y formación de los trabajadores sociales. Pero debe notarse que en otros supuestos, a criterio del magistrado, el cumplimiento del diagnóstico preliminar por parte del Cuerpo Interdisciplinario de Violencia Familiar devenía un recaudo inexcusable, de modo tal que la medida no era adoptada hasta tanto no se contara con tal informe.

Esta exigencia fue avalada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, resaltándose que:

La Ley 24.417 regula un proceso de excepción cuya apertura requiere prudencia. Se ha dicho que el hacer o no hacer frente a la denuncia implica involucrarse en el circuito de violencia fortaleciendo a una de las partes frente a la otra sin más elementos que el relato de una persona, obviamente teñido de una fuerte carga de

⁵³ Sobre la intervención del servicio social de los juzgados en el diagnóstico preliminar véase Alday y De Bratti (en Lamberti, Sánchez y Viar, 2008, p. 119).

subjetividad, en el mejor de los casos [...]. Frente a ello, es la misma ley la que impone en su artículo 3o. evaluar si la situación de riesgo que denuncia el accionante se compeadece con la emergencia que justificaría la apertura del juicio y el decreto de las cautelares. [...] En estas condiciones tal evaluación se impone liminarmente, y sin perjuicio de que una vez abierta la denuncia tal dictamen pueda complementarse –si el juez lo considera necesario– con todas las medidas probatorias que resulten pertinentes. Por lo demás, y si bien es cierto que frente a la emergencia el magistrado puede disponer medidas cautelares –sin más elementos que los traídos con la denuncia–, también lo es que la admisibilidad de las mismas requiere la reunión de los dos presupuestos genéricos que el instituto impone: verosimilitud del derecho invocado y peligro en demorar su reconocimiento.⁵⁴

La creación de la OVD vino a proporcionar –sobre todo formalmente– mayores recaudos en este sentido, pues –como he dicho–, es ahora este organismo interdisciplinario quien se encarga de realizar el diagnóstico preliminar de riesgo al recibir la denuncia. De este modo, cuando el/la denunciante concurre al tribunal –en general, inmediatamente luego de terminada esta evaluación– el magistrado cuenta ya con elementos suficientes para evaluar la procedencia de la medida, sin perjuicio de que en caso de no considerarlo así, decida mantener una entrevista personal con la supuesta damnificada o dar intervención al servicio social del juzgado.

La adopción de la medida requiere la existencia de una situación de riesgo actual. Es decir, no se puede utilizar el recurso que ofrece la ley cuando se trata de hechos de violencia acaecidos tiempo atrás y que no persisten en el momento de la presentación judicial (Grosman y Mesterman, 2005, p. 260). En este sentido, se ha resuelto reiteradamente que “El sustento de la denuncia en el marco de la Ley 24.417 debe estar referido a una situación de violencia que suscite riesgo actual para quien la invoca”.⁵⁵

Las medidas protectorias a adoptar son múltiples, y pueden incluso acumularse. Como en general se adoptan *inaudita parte*, es decir, sin la intervención del denunciado,⁵⁶ se procura ser cauteloso tomando medidas de mínima afectación.

⁵⁴ CNCiv., Sala K, 13/09/2004, “O., R. E. v. Ch. V., E. D.”, <www.abeledoperrot.com>, núm. 35001130.

⁵⁵ CNCiv., Sala A, 12/05/1997, “A., M. S. v. S., J. C.”, ED, 173-509 y LL, 1999-A-473; *idem*, Sala C, 28/03/2000, “D. I., A. c. I., D. A.”, ED, 189-313; *idem*, Sala F, 20/11/2008, “S., M. A. y otros v. S., D. R.”, <www.abeledoperrot.com>.

⁵⁶ La disposición de medidas protectorias *inaudita parte* no significa negarle al denunciado la posibilidad de participar en el proceso ni vulnerar su derecho de defensa en juicio, que sólo se posterga en el tiempo para evitar que al tomar conocimiento de la medida adoptada se tomen represalias contra la víctima, muchas veces pueden ser fatales. De todos modos, la posibilidad de escuchar al denunciado antes de la adopción de la cautela depende de las circunstancias fácticas de cada caso en concreto y de la verosimilitud del riesgo invocado por la denunciante. Véase Medina (2002, p. 84).

Es que a falta de elementos de convicción suficientes, “deben disponerse las medidas que menos avancen sobre la esfera jurídica subjetiva del supuesto victimario, con la sola condición de que al mismo tiempo sean efectivas para evitar la repetición de la violencia” (Sosa, 2005).

En estos términos, la jurisprudencia ha resaltado que “La dignidad de la persona humana no sólo se protege dando a quien teme la agresión de otro los instrumentos procesales que permitan excluir esa posibilidad, sino también garantizando al supuesto ‘agresor’ que no se conculcarán sus derechos elementales (libertad, salud, etc.) más allá de lo estrictamente necesario para evitar el daño a terceros”.⁵⁷

Esta precaución en la adopción de las medidas se debe a la necesidad de evitar perjuicios luego difíciles de reparar, cuestión que se advierte especialmente en dos supuestos: ante la exclusión del hogar *inaudita parte* y frente a la suspensión de contacto con los hijos menores de las partes involucradas en la situación de violencia.

En cuanto a la exclusión del hogar, la cautela no se justifica en el hecho de hacer cesar la convivencia, circunstancia que, por el contrario, resulta indispensable en el contexto de la violencia doméstica, sino más bien en que la disposición de esta medida sin intervención del denunciado pueda potenciar la situación o “justificar” un estallido de violencia mayor, que termine siendo perjudicial para sus destinatarios.

En este sentido, la práctica muestra que sólo en los casos extremos, en los que se verifique la existencia de maltrato –especialmente físico– que pudiera poner en peligro la integridad física o la vida de la denunciante o de sus hijos, se adopta una medida de estas características *inaudita parte*.

Así, se ha resuelto que “Para poner en funcionamiento el engranaje legal previsto por la Ley 24.417, debe demostrarse que una persona está padeciendo los daños previstos en el artículo 1 de dicha norma, y que existe riesgo para el agredido, en caso de continuar la convivencia familiar”.⁵⁸ Y se ha afirmado que la exclusión del hogar tiene

...por primordial objetivo evitar desbordes emocionales que tanto pueden afectar la integridad física como psíquica de los integrantes de la pareja, y requieren, por ende, de la existencia de un clima de riesgo que sea prudente superar durante la tramitación del divorcio o separación personal, o aun antes de ello. Ése es el bien jurídico a tutelar, sin cuya existencia no procede la pretensión autónoma de exclu-

⁵⁷ C.Civ. y Com. Mar del Plata, Sala 2ª, 28/05/2002, “A., R. D.”, <www.abeledoperrot.com, núm. 10001651>.

⁵⁸ CNCiv., Sala C, 17/04/1997, “B., G. Z.”, JA, 1997-IV-292; ídem, ídem, 30/09/1997, “P., V. E. v. G., L.”, JA, 1998-II- 297.

sión del hogar matrimonial [...] Si se ha superado el riesgo [...], plantear la cuestión vinculada a la exclusión [...] habiendo cada uno de los cónyuges solucionado de momento sus problemas habitacionales aparece como un abuso y desnaturalización de la medida.⁵⁹

En el resto de los supuestos, se procura citar al denunciado y trabajar con él o con ambas partes en conjunto, para consensuar su retiro del hogar. De todos modos, las estadísticas reseñadas muestran que en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires la exclusión del hogar es una medida que se adopta en uno de cada cuatro casos denunciados, lo que implica que valorada la situación de riesgo, los magistrados no dudan en disponer el alejamiento del denunciado del hogar –aun cuando se trata de un inmueble de su propiedad– e, incluso, el reingreso de la denunciante (y sus hijos, en su caso) si ésta debió retirarse, en su momento, para evitar nuevos episodios de maltrato.

Respecto a la suspensión de contacto con los hijos menores de edad que resultan testigos de la violencia de pareja, más no damnificados directos, la decisión también se presenta como de *ultima ratio*, pues la experiencia demuestra que la interrupción del vínculo paterno filial resulta en perjuicio de los niños o adolescentes y se presenta como una situación que, consolidada en el tiempo, luego deviene difícil de revertir.

Debe recordarse que el derecho a la comunicación no es sólo de titularidad del progenitor no conviviente, sino también de los hijos, a quienes debe garantizárseles el contacto más fluido posible con ambos progenitores tras la ruptura de la relación de pareja. Sólo frente a circunstancias excepcionales, donde se verifique que el padre maltrata también a sus hijos en forma directa, este vínculo debe ser suspendido. En el resto de los casos, deberán tenerse en cuenta las circunstancias fácticas concretas y facilitar la relación, así sea mediante la intervención de un tercero (pariente, amigo) de confianza de ambas partes, o con la asistencia de un profesional capacitado (trabajador social o psicólogo). Ello, hasta tanto se compruebe que el agresor ha evolucionado en el tratamiento de su problemática y se encuentra en condiciones de mantener un vínculo con sus hijos sin restricciones.

A más de estos supuestos concretos, la cautela judicial en la adopción de medidas precautorias se advierte cuando la denuncia por violencia familiar ha sido planteada a los fines de obtener un beneficio que excede la finalidad protectoria de la ley. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se pretende sortear el amplio debate y prueba propios de procedimientos especiales como el de alimentos, o la fijación de

⁵⁹ SCBA, Ac. 80330, 9/10/2002, “M., N. v. G., L. s/exclusión del hogar”. En el mismo sentido véase cciv. y Com. Azul, Sala 1ª, 14/06/2007, “A., S. R. v. S., E. M.”, <www.abeldoperrot.com>, núm. 70045069.

un régimen de comunicación paterno-filial, la atribución del hogar conyugal e, incluso, la liquidación de la sociedad conyugal. Es más, en ocasiones se observa que las denuncias son formuladas por consejo de los letrados y con el fin de preconstituir prueba favorable al/a la supuesto/a damnificado/a en un futuro proceso de divorcio.

Se trata de un “abuso” de la denuncia para fines que difieren de los protectorios que prevé la norma. Al respecto, se ha señalado que:

Además de la exclusión o reintegro al hogar, la ley autoriza como medidas frente a la violencia familiar, decidir sobre los alimentos provisorios, la tenencia y el derecho de comunicación con los hijos. Más allá de supuestos excepcionales, estas medidas premencionadas superan con creces el abordaje urgente y puntual de la violencia familiar, y requieren de una discusión y debate diferente, resultando inadecuadas en un proceso urgente como el señalado y que su dictado –en definitiva– puede alterar el orden procesal de la autosatisfacción requerida por el presentante o denunciante de los hechos (Lloveras, 1999).

Ante la verificación de tal situación, la jurisprudencia ha resaltado en numerosas oportunidades que “El objeto de la Ley 24.417 de violencia familiar no es desplazar a los restantes procesos de familia sino operar como una herramienta útil y eficaz, otorgando la posibilidad de dar una respuesta urgente frente a un requerimiento cuando media una situación de peligro para alguno de los integrantes del núcleo familiar”.⁶⁰ Y que

...la Ley 24.417 tiene un objetivo preciso y determinado, que no es otro que remover en forma provisional y urgente las situaciones de violencia física y/o psíquicas para alguna de las personas que integran el núcleo conviviente, en tanto existan elementos que lleven a concluir que la denuncia es *prima facie* fundada y que no se invoca la situación legal en contra de la finalidad que el legislador tuvo en miras al establecerla; y que el procedimiento que implementa no es sucedáneo versátil de cualquier acción que involucre las relaciones conflictivas que puedan derivarse de la problemática familiar, ni para dar solución a los problemas que puedan ser canalizados por otras vías.⁶¹

⁶⁰ CNCiv., Sala D, 30/08/2002, “M., M. E. c. J. D. C.”, Base de Datos SJCCiv., sum. 14.840; entre muchos otros.

⁶¹ CNCiv., Sala G, 20/08/2008, “L.H., R. c/Ch. R., R s/Denuncia de Violencia Familiar”, <www.eldial.com>.

Más allá de esta alusión genérica, sendos precedentes se han expedido respecto de algunas cuestiones concretas que exceden el marco cognoscitivo de la Ley 24.417.

Así, por ejemplo, en cuanto a la atribución del hogar, se ha resuelto que:

Si dentro del proceso de denuncia por violencia familiar el conflicto subsistente se reduce a la atribución del hogar, dicha cuestión excede el objeto de tal proceso y debe ser ventilado por la vía y forma pertinente, pues la mera pretensión de recuperar la vivienda encuadra en otro tipo de acción sumarísima, ajena al ámbito específico de la denuncia por violencia, ya que de lo contrario, se torcería la finalidad de la ley, constituyéndola en un sucedáneo versátil de las controversias patrimoniales de los involucrados.⁶²

Y que “La pretensión de recuperar la vivienda encuadra en otro tipo de acción, ajena al ámbito específico de la denuncia por violencia familiar”.⁶³

Respecto a la pretensión de realizar un inventario de bienes, se ha subrayado que “La medida que persigue la realización de una constatación o inventario de bienes, en nada se compadece con alguna de las previstas en el artículo 4o. de la Ley 24.417, por lo que deberá hacer valer sus derechos fuera del marco legal que pretende”.⁶⁴

De todos modos, esta solución se vuelve más dudosa en la actualidad, frente a la previsión específica de la Ley 26.485, cuyo artículo 26, inc. b.2 enuncia, entre las medidas protectorias, la de “Disponer el inventario de los bienes gananciales de la sociedad conyugal y de los bienes propios de quien ejerce y padece violencia. En los casos de las parejas convivientes se dispondrá el inventario de los bienes de cada uno”.

Al igual que otras medidas de tinte patrimonial, como la de “Prohibir al presunto agresor enajenar, disponer, destruir, ocultar o trasladar bienes gananciales de la sociedad conyugal o los comunes de la pareja conviviente” (inc. b.1) y la de “Otorgar el uso exclusivo a la mujer que padece violencia, por el período que estime conveniente, del mobiliario de la casa” (inc. b.10), se trata de supuestos que deben examinarse cuidadosamente y disponerse en forma excepcional, para evitar que por medio de una denuncia por violencia familiar, se procure asegurar los derechos patrimoniales de la cónyuge o conviviente que deberán, en su caso, resolverse por las vías y formas pertinentes que establece nuestro ordenamiento civil general.

⁶² CNCiv., Sala I, 6/11/1998, “C., Z. M. c. V., G.”, JA, 1999-II-303.

⁶³ CNCiv., Sala H, 6/05/2003, “S. R., A. J. c. S. R., D. J.”, SJCCiv., Bol. núm. 20/2003, sum. 15.609.

⁶⁴ CNCiv., Sala C, 3/12/2002, “S., P. c. P., E.”, Base de Datos SJCCiv., sum. 14.568.

Lo mismo ocurre cuando se pretende dilucidar la guarda o tenencia de los hijos. Sin perjuicio de la posibilidad de establecerla cautelarmente por un plazo muy breve, la cuestión –cuando es discutida– debe sustanciarse en un proceso con un amplio margen de debate y prueba que excede el previsto por las leyes de violencia doméstica.

En estos términos, se ha afirmado que:

El marco de actuación que establece la Ley 24.417, para el tratamiento jurisdiccional de los episodios de violencia familiar, no debe ser desnaturalizado con planteos y trámites que exceden notoriamente el limitado marco procedimental fijado para la adopción de medidas urgentes, tendientes a la enervación de la situación de crisis denunciada ante los estrados judiciales. De ahí, que no es a través del acotado ámbito del referido proceso donde puede modificarse *inaudita parte*, el ejercicio de la tenencia de un menor, que ha sido otorgada por acuerdo homologado judicialmente.⁶⁵

A idéntica conclusión se debe llegar en cuanto a la fijación de una cuota alimentaria. La medida resulta evidentemente adecuada si se tiene en cuenta que uno de los problemas centrales en la violencia doméstica es la dificultad que tiene la persona afectada para denunciar los hechos, debido a su dependencia económica. Sin embargo, esta cuota debe establecerse por un término concreto (por ejemplo, dos o tres meses) para evitar que se consolide como una obligación vigente *sine dei*, sin haber cumplido con la mediación previa que exige a tales fines la Ley 24.573,⁶⁶ y sin haber brindado, al alimentante, la posibilidad de acreditar su situación patrimonial y sus posibilidades de abonar el monto fijado.

De todos modos, y sin perjuicio de la cautela que debe exigirse para examinar cada supuesto en particular, ello no significa de ningún modo que la existencia de otros expedientes en trámite entre las partes (tales como divorcio, alimentos, tenencia, régimen de comunicación, etc.) o la necesidad de iniciarlos para definir algunas situaciones concretas, resulte un impedimento para formular una denuncia por violencia familiar. Ante la verificación del maltrato en sus diversas modalidades, y pese al resto de las situaciones que deben dilucidarse, las Leyes 24.417 y 26.485 se alzan como los medios de protección idóneos y necesarios para poner fin a los episodios de violencia.

Así, se ha sostenido que “la existencia de otras vías o acciones que pueden entablar las personas, no pueden impedir ni obstaculizar las medidas autosatisfactivas: configurados los hechos de violencia que encuadren en la Ley nacional

⁶⁵ CNCiv., Sala C, 30/12/1999, “C., R.M. s/ Protección”, <www.abeledoperrot.com>, núm. 10/8149.

⁶⁶ BO del 27/10/1995.

24.417, no existe fundamento para rechazar la medida autosatisfactiva que requiere el ciudadano porque existan otras vías procesales para lograr la pretensión” (Lloveras, 1999). Agregándose que:

La innovación legislativa de la Ley 24.417 no puede ser restringida entonces a los supuestos excepcionales que se le pretende dar con la interpretación restrictiva que aquí se critica. El eje de la Ley 24.417 no se asienta sobre el matrimonio sino –como su denominación lo indica– en la protección de las víctimas de la violencia familiar; luego en la rehabilitación o recuperación del grupo familiar, incluido el mismo victimario (Lamberti, 2000).

Estas voces doctrinarias –que comparto plenamente– se han alzado en contra de otras que, apenas sancionada la Ley 24.417, resaltaron que esta norma “no está pensada para esposos o miembros de uniones de hecho que quieren separarse (o al menos uno de ellos quiere hacerlo)” (Cárdenas, 1995).⁶⁷

Sobre la base de esta postura, se ha llegado a desestimar la pretensión de la mujer, de ser relevada del deber de convivencia pese a ser víctima de maltrato por parte de su cónyuge, observándose que:

la Ley provincial 12.569 –ley de violencia doméstica de la provincia de Buenos Aires– contempla presupuestos de hecho particulares y ha sido concebida para dar solución urgente a determinadas situaciones, considero que no corresponde extender sus efectos a casos no contemplados. La pretensión de ser relevada del deber de convivencia cuando esta ponga en peligro cierto la vida, o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de los esposos, de ambos o de los hijos, encuadra en otro tipo de acción, ajena al ámbito específico de la denuncia por violencia familiar, que está regida por el artículo 199 cciv.⁶⁸

Afortunadamente esta interpretación jurisprudencial se alza como excepcional. La mayoría de los precedentes se han inclinado por una postura acorde a los parámetros previstos por la Ley 24.417 (y las leyes locales concordantes) y actualmente por la Ley 26.485, que de ningún modo distinguen en cuanto a la situación de convivencia o el deseo de separarse como factores para excluir su ámbito de apli-

⁶⁷ Véase, también, Chechile (2001).

⁶⁸ CCiv. y Com., Bahía Blanca, Sala 2ª, 31/10/2006, “C., P.”, LNBA 2007-1-79 y RDF 2007-II, Lexis-Nexis/AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2007, p. 53, con nota de Pablo E. Raffo, “El derecho de familia: ¿garantía o impedimento para el ejercicio de derechos fundamentales”. Un fallo que interpreta restrictivamente la Ley 12.569”.

cación. Más bien todo lo contrario, ambas son contestes en cuanto a su procedencia, exista o no convivencia entre los miembros del grupo familiar.

En tal sentido, se ha sostenido que:

aunque no corresponda la utilización de la Ley de violencia familiar 24.417 como medio para eludir el cumplimiento de trámites exigidos por las normas que regulan el divorcio u otros conflictos del derecho de familia, no resulta aceptable excluir la aplicación de dicha norma a supuestos de maltrato físico o psíquico actuales, comprendidos en su artículo 1, porque la víctima denunciante haya manifestado, en forma genérica, su intención de divorciarse.⁶⁹

En la misma línea, se ha resuelto que:

Cuando existe una situación conflictiva y de riesgo en la que se encuentran inmersos los integrantes del grupo familiar, se torna necesaria la aplicación del procedimiento cautelar previsto por la Ley 24.417, sobre todo si se trata de resguardar el interés de menores involucrados en la situación. No resulta desvirtuada esta conclusión por la existencia de un juicio de divorcio seguido entre las partes, pues los principios de economía y celeridad procesal cobran relevancia ante la naturaleza de la medida que se peticiona.⁷⁰

En fin, se ha destacado que:

La Ley 24417 de protección contra la violencia familiar establece un procedimiento para el dictado de medidas urgentes de amparo a las víctimas de violencia familiar, en donde basta la sospecha de maltrato para que el juez ordene las medidas cautelares que impidan que la situación de riesgo denunciada continúe. Esta normativa incluye supuestos en los cuales se pueden adoptar medidas judiciales urgentes, sin que su subsistencia dependa de la posterior iniciación de un proceso y no puede limitarse su aplicación sólo a los supuestos en los cuales ninguna de las partes quiera separarse definitivamente, cuando existe una situación de riesgo que requiere la tutela jurisdiccional de forma urgente.⁷¹

Para finalizar este apartado, cabe resaltar dos últimas cuestiones inherentes al factor "tiempo". La primera, se relaciona con el plazo dentro del cual se suelen adoptar las medidas, para lo que resulta útil retomar los datos de la investigación

⁶⁹ CNCiv., Sala C, 30/9/1997, "P., V. E. v. G., L. s/denuncia por violencia familiar", JA, 1998-II-296.

⁷⁰ CNCiv., Sala H, 6/3/1998, "B., N. v. S., B. P. s/denuncia por violencia familiar", JA, 1999-I-294.

⁷¹ CNCiv., Sala F, 13/08/1999, "N., M. P. v. N., E.", JA, 2000-III-374.

ya reseñada. Allí se advirtió que en 34% de los casos relevados, las medidas se dictaron en el momento, y 23%, en el curso de la semana de formulada la denuncia. Ello permite poner de resalto la efectividad del sistema implementado por la ley y la consecuente actuación inmediata de los magistrados.

Si la verosimilitud del riesgo resulta del diagnóstico preliminar o de la entrevista personal mantenida con la denunciante en el tribunal, no existe, a mi juicio, razón alguna para postergar el dictado de la medida solicitada, salvo cuando se considere que tal disposición puede resultar perjudicial para la propia denunciante (del modo, por ejemplo, que se explicitó al hacer referencia a la exclusión del hogar). De no ser así, y sobre todo cuando se trata de pedidos de prohibición de acercamiento entre adultos, no encuentro razón alguna para demorar la protección, que será especialmente necesaria al momento en el que el supuesto agresor tome conocimiento de la denuncia formulada, pues no es poco frecuente que pretenda adoptar represalias contra la denunciante.

Así lo han destacado Grosman y Mesterman, al decir: “La medida debe ser tomada con la mayor premura para cumplir con el objetivo protector de la ley. Una decisión a destiempo puede acarrear serios perjuicios a la persona que ha acudido al Tribunal para pedir amparo” (Grosman y Mesterman, 2005, p. 282). Así también surge de las legislaciones comparadas más recientes, tales como la Ley brasilera 11.340, “Maria da Penha”, sancionada en 2006,⁷² cuyo artículo 19 señala expresamente que “Las medidas protectorias de urgencia pueden ser concedidas de inmediato”⁷³ (inc. 1), así como de la Ley general de México de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia (de 2007), cuyo artículo 28 reza que las órdenes de protección de emergencia y preventivas “deberán expedirse dentro de las 24 horas siguientes al conocimiento de los hechos que las generan”.

El otro aspecto inherente al factor “tiempo” se relaciona con la duración de las medidas. Las leyes 24.417 y 26.485 –al igual que la mayoría de las legislaciones locales–⁷⁴ no establecen concretamente un plazo de extensión, ni tampoco determinan máximos y mínimos posibles. La cuestión se ha delegado en el magistrado interviniente, quien determinará “la duración de las medidas dispuestas de acuerdo

⁷² Un interesante comentario a esta ley puede encontrarse en Villaverde (2006).

⁷³ La traducción me pertenece.

⁷⁴ Debe notarse que en algunas leyes locales y normas del derecho comparado, se establece expresamente un plazo de extensión de las medidas. Así, por ejemplo, la ley de la provincia de Tucumán estipula un plazo máximo de seis meses para la duración de las medidas, que puede extenderse por causas excepcionales que lo justifiquen a criterio del juez (artículo 4o.); la ley mexicana resalta que “Las órdenes de protección de emergencia y preventivas tendrán una temporalidad no mayor de 72 horas” (artículo 28); la ley de Costa Rica expresa que “Las medidas de protección no podrán durar menos de un mes ni más de seis [...] Sin embargo, al vencer el plazo y a solicitud de parte, la autoridad competente podrá ordenar prorrogarlo una sola vez, por igual periodo”; etcétera.

a los antecedentes de la causa” (artículo 4o., Ley 24.417), se ha agregado ahora que deberá “establecer un plazo máximo de duración de las mismas, por auto fundado” (artículo 27, Ley 26.485).

Es decir, si bien no se establece en particular un término, resulta claro de ambas legislaciones que las medidas adoptadas –como cualquier cautelar– deben tener un plazo. Como bien se ha dicho, la solución legal se justifica, dado que se trata de un “procedimiento provisorio para solucionar una situación concreta; en consecuencia la medida no puede eternizarse si las causas que le dieron origen han cesado” (Kemelmajer de Carlucci, 2007, p. 144).

Lo cierto es que en la práctica, muchas veces se advierte que la medida se adopta sin disposición de plazo alguno. Así, se ha resuelto que:

Las medidas autosatisfactivas, cuyo dictado posibilita la Ley 1.160 de Formosa respecto de todas aquellas personas que se vean afectadas por hechos de violencia familiar, no configuran un proceso cautelar en tanto no caducan y su duración depende de las características de cada causa. [...] La duración de una medida de exclusión de la vivienda familiar [...] depende de las características de la causa, por lo que debe tener una amplitud que posibilite superar el riesgo de nuevos episodios de violencia, por ende, quien desea su restablecimiento al seno del hogar, deberá demostrar que han cesado las causas que originaron tal disposición cautelar.⁷⁵

Esta tendencia ha sido apoyada por algunos autores, quienes sostienen que “como la finalidad del ordenamiento es interrumpir los hechos de violencia, el criterio utilizado en muchas de las medidas deberá invertirse; es decir, fijarlas sin establecer un plazo. Correría a cargo del denunciado demostrar que han cesado las causas que originaron la disposición cautelar” (Grosman y Mesterman, 2005, p. 287).

La solución propuesta no deja de ser tentadora, porque es cierto que el juez difícilmente pueda estimar de antemano cuál será el tiempo requerido para que se produzca el cambio en la dinámica de violencia o que éste se desestime como posible (precisamente por ello, muchas veces, las medidas se supeditan al resultado de los diagnósticos o tratamientos especializados que se ordenan en autos). Pero también tiene sus riesgos, los que, sopesados, me permiten inclinarme por la necesidad de establecer un plazo máximo de duración de la medida, sin perjuicio de que este pueda acortarse a pedido de la propia denunciante o, incluso, si resulta

⁷⁵ Trib. de Familia, Formosa, 9/04/1998, “V., D. E. c. E. G., E.”, LLLitoral, 1999-70. En el mismo sentido véase CNCiv, Sala A, 25/03/1997, “S.,A.D. c/ G.,R.E. s/ denuncia por violencia familiar”, LL, 16/09/1997; *idem*, Sala B, 18/10/1999, “G., L.S. c/ G.,A.M. s/ artículo 250 CPC incidente de familia”, R. 247.794; etcétera.

fundado, del denunciado, o bien que pueda prorrogarse cuando se verifica la persistencia de las causas que motivaron su adopción.

En definitiva, la admisión de una medida *sine dei* deviene perjudicial para ambas partes en el proceso. Como bien se ha dicho,

en cuanto a las víctimas, ello resulta contraproducente porque en los hechos les permite incumplir con la realización del diagnóstico de ley y/o la asistencia a tratamientos especializados, ya que no cuentan con una condición resolutoria que las apremie al efecto. Esto les impide visualizar su propia situación de víctimas con miras a superarla, que es una de las miras fundamentales de los sistemas legales proteccionales. Desde el lugar del agresor, las órdenes proteccionales *sine dei* lo colocan en un lugar de indefensión e incertidumbre frente a sus derechos, ya que es frecuente la negativa –tanto de víctimas como de victimarios– a buscar asesoramiento letrado especializado (Lamberti y Viar, 2008, p. 230).

Lo expuesto no significa que frente a situaciones muy excepcionales, se otorgue carácter definitivo a la medida protectoria ordenada.⁷⁶ Así lo ha resuelto nuestra jurisprudencia, teniendo en cuenta “la presencia en la familia de una persona con desvalimiento”, y “la reiteración clínica y crónica de episodios como los originados en todos los expedientes de esta naturaleza (proteccional) seguidos entre las partes...”⁷⁷

La experiencia judicial muestra la suma utilidad que reviste la adopción de medidas protectorias en materia de violencia doméstica, para poner un límite legal y simbólico de suma trascendencia a la reiteración de episodios de maltrato. Pero estas medidas son simples techos de protección para un proceso de cambio; transformarlas en sentencias con las que se pretende modificar a la pareja desde afuera, no sólo implica una errónea interpretación y aplicación de esas leyes, sino además una errónea e ingenua visualización de la violencia de pareja (Cárdenas, 2008), cuyo tratamiento requiere, además, un trabajo interdisciplinario y una continuidad terapéutica que permitan revertir los patrones de disfuncionalidad familiar. A ello me abocaré en los puntos siguientes.

(iii) La mirada ecológica y el trabajo interdisciplinario

He dicho al comienzo de este trabajo que la violencia en la pareja no puede ser analizada exclusivamente desde el enfoque de género. Las patologías psicossocia-

⁷⁶ Esta posibilidad se encuentra expresamente prevista en la Ley 294 de Colombia, artículo 5.

⁷⁷ Juz. Nac. Civ. núm. 25, 16/11/2001, “F., B.L. c/ C., N. y otro s/ denuncia por violencia familiar”, inédito, reseñado por Lamberti y Viar (2008, p. 231).

les, entre las que se encuentra la violencia doméstica, exigen para su comprensión y análisis una mirada amplia y comprensiva, sólo posible desde la interdisciplina. En otros términos, la perspectiva de género en el abordaje de la violencia familiar constituye una herramienta de suma importancia, pero no lo es todo. Conocer y saber sobre la relación de subordinación que juega la mujer en varios ámbitos de su vida que, en definitiva, circunscriben su autonomía, constituye un elemento vital para elaborar cualquier estrategia de intervención en todos los ámbitos (sea judicial, social o psicológico).

Sin embargo, esta mirada se torna parcial e insuficiente frente a la magnitud y complejidad del fenómeno de la violencia doméstica. No toda violencia de pareja ni toda violencia contra la mujer es sinónimo de violencia de género, y aun en los casos en que sí lo es, la sola perspectiva de género impide analizar la conflictiva relacional en su conjunto, a la luz de los diversos factores que la determinan.

Una mirada integral del problema requiere, por el contrario, de un modelo que observe y trabaje sobre cada uno de los involucrados (donde la mujer y el enfoque de género que lleva consigo constituye uno de los actores principales) y sobre las distintas relaciones que se entretienen entre ellos.⁷⁸ Éste es, precisamente, el modelo ecológico propuesto por Brofembrenner, quien concibe la realidad familiar, social y cultural como un todo articulado, es decir, un sistema compuesto por diferentes subsistemas que se vinculan dinámicamente (1987, p. 5).

El modelo ecológico es una derivación de la perspectiva sistémica que parte de la idea de que la mente humana se desarrolla a medida que el cerebro procesa y almacena los múltiples potenciales estímulos, tanto interna como externamente. La familia constituye un factor sumamente significativo en este proceso. Es un grupo social natural, que determina las respuestas de sus miembros por medio de estímulos desde el interior y desde el exterior. Su organización y estructura tamizan y califican la experiencia de los miembros de la familia (Minuchin, 1999, p. 27).⁷⁹

En definitiva, la patología puede ubicarse en el interior del paciente, en su contexto social o en el *feedback* entre ambos. La frontera artificial es confusa. Esta “confusión” dada por la interacción individuo-familia conlleva, necesariamente, una nueva mirada sobre las problemáticas inherentes a la violencia doméstica, tanto desde la psicología y el trabajo social, como en el campo de la praxis judicial.

Salvador Minuchin ha sabido graficar esta interacción de manera elocuente a través de la siguiente metáfora:

En el país de las maravillas, Alicia creció repentinamente hasta alcanzar una estatura gigantesca. Lo experimentó sintiendo que crecía, mientras la habitación se ha-

⁷⁸ Véase al respecto Famá, Gil Domínguez y Herrera (2006, pp. 408 y ss.).

⁷⁹ Véase, también, Benedek (en Erich y Horkheimer, 1994, pp. 149 y ss.).

cía más pequeña. Si Alicia hubiese crecido en una habitación que lo hubiese hecho con el mismo ritmo, hubiese sentido probablemente que todo permanecía igual. Sólo si Alicia o la habitación cambian por separado su experiencia se modifica. Es simplista, aunque no incorrecto, decir que la terapia intrapsíquica se centra en el cambio de Alicia. Una terapia estructural de familia intenta cambiar a Alicia en conjunto con la habitación (*ibid.*, p. 33).

En el ámbito terapéutico, pues, la perspectiva sistémica se centra en tres axiomas, a saber: a) la vida psíquica de un individuo no es exclusivamente un proceso interno, puesto que el individuo influye sobre su contexto y es influido por éste, en secuencias repetidas de interacción; b) las modificaciones en una estructura familiar contribuyen a la producción de cambios en la conducta y en los procesos psíquicos internos de los miembros de ese sistema; y c) cuando un terapeuta trabaja con un paciente o con la familia de un paciente, su conducta se incluye en ese contexto. Los terapeutas y la familia forman, en conjunto, un nuevo sistema terapéutico que gobierna, en este caso, la conducta de sus miembros (*ibid.*, pp. 30-31).

Específicamente en cuanto a la violencia doméstica, esta mirada sistémica se traduce –como adelanté– en el modelo ecológico. Al respecto, Grosman y Mesterman sostienen que:

La violencia acontece en un campo ecológico en el que participan distintos ámbitos, tales como el hospital, la justicia, la psicoterapia, la iglesia, la escuela, el lugar de trabajo y la comunidad, entre otros. El hecho violento puede manifestarse, es decir hacerse visible, en cualquiera de estas instancias, lo cual no implica la prevalencia de una de ellas sobre las demás, sino que es el inicio de un trabajo colaborativo en red, en tanto los profesionales tengan presente la indispensable presencia de los demás ámbitos, y su necesaria aparición en el momento adecuado. Este planteo implica la desarticulación de una creencia omnipotente, ampliamente extendida, que planteaba la posibilidad de la resolución del fenómeno de la violencia desde un único campo profesional, como por ejemplo, el derecho o la psicología, o bien desde una única línea de abordaje, supuestamente mejor o más efectiva que otras (Grosman y Mesterman, 2005, p. 62).

El modelo ecológico propone una serie de explicaciones multicausales acerca de la etiología de la violencia doméstica y apunta a identificar y especificar los efectos de los agentes causales en múltiples niveles del contexto ambiental. Si bien se considera que los individuos son componentes importantes, también se destacan las influencias contextuales en el plano familiar, comunitario y cultural (*ibid.*, 60).

En este sentido, el modelo de Bronfenbrenner, distingue cuatro contextos en los que se desarrolla la vida de una persona: el macrosistema, el exosistema, el microsistema y el nivel individual considerado, a su vez, en cuatro dimensiones (1987).

El macrosistema se refiere a las formas de organización social, los sistemas de creencias, los estilos de vida que prevalecen en una cultura o subcultura en particular, el sistema político, el económico, etc. Son pautas generalizadas que impregnan todos los espacios de la sociedad. Aquí se puede vislumbrar la importancia de la perspectiva de género. Veamos, en este contexto se destaca el modelo de familia vertical que predomina en nuestra sociedad, donde se coloca al hombre en primer lugar, seguido por la mujer y los hijos. A cada uno se le asignan roles diferentes según el género y de acuerdo a los estereotipos culturalmente definidos. Las concepciones culturales acerca de lo que significa ser mujer, hombre, madre, padre e hijas/os, así como el concepto de familia, están directamente relacionados con la explicación del fenómeno de la violencia doméstica.

El segundo contexto, el exosistema, se refiere a las instituciones de carácter intermedio, es decir, las que median entre el nivel de la cultura y el nivel individual: la escuela, la iglesia, la comisaría, las asociaciones barriales, los medios de comunicación, los organismos judiciales y de seguridad, las instituciones recreativas, el contexto económico y laboral, entre otros.

El microsistema es un contexto reducido, y se refiere a las relaciones cara a cara que constituyen la red vincular más próxima a la persona. Dentro de esa red, juega un papel privilegiado la familia, ya que es la estructura básica del microsistema. En tal sentido, este nivel toma en cuenta elementos de la organización familiar, los patrones interaccionales y las historias personales de sus integrantes. Es en la familia donde se aprenden los modelos de afrontamiento en las situaciones de crisis, el grado de compromiso y la responsabilidad frente a los avatares cotidianos. En términos generales, es posible señalar que en las familias donde se manifiesta el fenómeno de la violencia, la estructura es de tipo autoritaria y la distribución del poder se despliega de acuerdo con los estereotipos culturales. Este modelo considera que estas familias poseen un código de comunicación que incluye la agresión como una modalidad relacional, compartida y permitida. El nivel de tolerancia a las diferencias es mínimo y utilizan la violencia física o emocional como forma de someter las necesidades individuales y grupales a los intereses de quien ejerza el poder al interior de la familia.

El último contexto, el individual, considera la relación recíproca del individuo con los tres sistemas antes mencionados. En cuanto a la violencia en la relación de pareja, este nivel individual se proyecta en cuatro dimensiones: a) la conductual, b) la cognitiva, c) la interaccional, y d) la psicodinámica (Amato, 2004, pp. 53 y ss.). La dimensión conductual se relaciona con el comportamiento del individuo en su medio. La dimensión cognitiva, tiene que ver con la percepción y conceptualización que cada persona tiene de la realidad, de sí mismo, y de sus relaciones. La dimensión interaccional alude a las pautas de relación y de comunicación interpersonal. Y la dimensión psicodinámica, atañe a la dinámica intrapsíquica en sus distintos niveles

de profundidad (tanto ansiedades, emociones y conflicto conscientes, como manifestaciones del inconsciente).

El modelo ecológico reconoce la complejidad que presenta el tema, ofreciendo una teorización para un abordaje integral e incorporando distintas variables explicativas desde los distintos niveles de análisis, lo cual constituye una mirada apropiada para el abordaje de la violencia familiar. Mirada a la cual no resultan ajenas las cuestiones de género que transcurren en los distintos contextos.

Me interesa aquí detenerme en el contexto microsociedad de la pareja y sus particularidades. Ello implica dar preeminencia al nivel familiar, para enfocar desde allí la presencia y la acción simultánea de los diferentes aspectos que comportan la visión multifactorial del tema.⁸⁰

Desde esta perspectiva, como sostienen Perrone y Nannini, una primera premisa a considerar es que la violencia no es un fenómeno individual, sino la manifestación de un fenómeno interaccional. No puede explicarse tan sólo en la esfera de lo intrapsíquico, sino en una dinámica relacional, puesto que es el resultado de un proceso de comunicación particular entre dos o más personas. Esta premisa nos conduce a la siguiente: todos cuantos participan en una interacción se hallan implicados y son, por lo tanto, responsables (aquí la palabra “responsable” hace referencia a una responsabilidad interaccional, no legal). De hecho, quien “provoca” asume la misma responsabilidad que quien responde a la “provocación”, aun cuando la ley no castigue sino al que pasa al acto (Perrone y Nannini, 2007, p. 28).

La formación de una pareja implica poner en marcha toda una serie de supuestos explícitos e implícitos que definen los acuerdos para la convivencia, con una modalidad más o menos ajustada al modelo cultural vigente. Los supuestos explícitos aparecen formulados en el lenguaje social y corresponden a concepciones modernas de la cultura; por el contrario, los supuestos implícitos son aquellas conceptualizaciones arcaicas que no se verbalizan y subyacen a las explicitaciones (y a veces también las encubren) (Grosman y Mesterman, 2005, pp. 80-97). Es precisamente en esta discordancia entre lo explicitado y lo subyacente que aparece la interacción violenta en la pareja.

Esta interacción adopta en términos genéricos dos formas distintas: a) la violencia agresión y b) la violencia castigo (Perrone y Nannini, 2007, pp. 57 y ss.). La primera, es la que se encuentra entre personas vinculadas por una relación simétrica, es decir, igualitaria. La segunda, tiene lugar entre personas implicadas en una relación de tipo complementario, es decir, no igualitaria.

En una relación simétrica, A y B se hallan en situación de rivalidad y en actitud de escalada. Si A define un valor, B da, a su vez, una nueva definición, con la que provoca a A. Los *partenaires* reivindican el mismo estatus y se esfuerzan por es-

⁸⁰ Sigo en este sentido a Grosman (2005, pp. 73 y ss.).

tablecer y mantener la igualdad entre ellos. En la relación complementaria, A y B están de acuerdo sobre la definición del papel y el lugar que le corresponde a cada uno. Hay una adaptación mutua: A define un valor y B lo acepta. Los *partenaires* no tienen igual estatus. El modelo se basa en la aceptación y la utilización de la diferencia existente entre ambos individuos.

En la relación simétrica la violencia toma, entonces, la forma de agresión y su contexto es el de una relación de igualdad. La violencia se manifiesta como un intercambio de gritos, insultos, amenazas y, finalmente, de golpes: ambas partes reivindican su pertenencia a un mismo estatus de fuerza y de poder. Como se trata de una relación igualitaria, la escalada desemboca en una agresión mutua, en la que poco importa que uno sea más fuerte físicamente que el otro, ya que la verdadera confrontación se realiza más bien a nivel existencial. Quien domina en lo corporal puede no hacerlo en lo psicológico, y la rivalidad se desplaza hacia otro ámbito. Los actores tienen conciencia de esta forma de violencia bidireccional, recíproca y pública, y la aceptan (por ejemplo, el marido puede pegarle a la mujer, pero ésta le arroja un objeto o lo insulta). *En este tipo de violencia puede estar presente la cuestión de género, pero no necesariamente se presenta como violencia de género.*

En la continuidad de la relación simétrica, tras la agresión suele haber un paréntesis de complementariedad que Perrone y Nannini denominan “pausa complementaria”, una especie de “reconciliación” que comprende tres etapas distintas: a) la aparición de un sentimiento de culpabilidad, que será el motor de la voluntad y del movimiento de reparación; b) los comportamientos reparatorios, como mecanismo de olvido, banalización, desreponsabilización y desculpabilización, que sirven para mantener el mito de la armonía, de la solidaridad y de la buena familia; y c) la amplificación de los mecanismos funcionales de regulación de la relación, donde los actores empiezan a utilizar entre sí gestos y mensajes de reconocimiento y de referencia. Durante ese breve periodo, descubren y utilizan el modo de empleo de la relación no violenta.

Por el contrario, en la relación complementaria la violencia toma forma de castigo y se inscribe en el marco de una interacción desigual. Esta violencia se manifiesta en forma de malos tratos, sevicias, torturas, negligencia o falta de cuidado. Uno de los actores reivindica una condición superior a la del otro y se arroja el derecho de infligirle un sufrimiento, muchas veces cruel a quien, por definición, coloca en una clase inferior a la suya. Desde su punto de vista, el otro se merece el castigo. Como se trata de una relación de desigualdad, la violencia es unidireccional e íntima. Aquel que actúa la violencia se define como existencialmente superior al otro, y éste, por lo general, lo acepta. La diferencia de poder entre uno y otro puede ser tan grande, que el que se encuentra en posición baja no tiene alternativa y debe someterse contra su voluntad. Esta violencia se manifiesta mediante golpes, privaciones o humillaciones. Por ejemplo, el hombre le pega a la mujer, la es-

claviza, le quita su libertad, le impide todo contacto con el exterior y le niega su identidad. Según él, el castigo se justifica porque ha descubierto una “falta”. El otro debe estar al servicio del amo y respetar su ley.

Es precisamente en este tipo de interacción violenta donde se ubica la violencia de género o, mejor dicho, donde la perspectiva de género adquiere un poder de análisis relevante. El varón y la mujer que se relacionan en estos términos sostienen un sistema de creencias basado en la desigualdad de género. El varón lleva consigo modelos muy rígidos e idealizados acerca de cómo debe ser una familia, cómo debe comportarse una esposa, etc., que constituyen moldes de exigencias o expectativas inalcanzables, y que el comportamiento de la mujer —cuando se diferencia de lo esperado— pone en evidencia (por ejemplo, cuando la mujer desea trabajar, estudiar, salir con sus amigas o, incluso, en situaciones banales tales como que no esté preparada la cena cuando el varón regresa del trabajo, etc.). Para no perder las ilusiones y ocultar las dolorosas incoherencias de sus construcciones, los varones “se ven forzados” a reducir a las mujeres e impedirles que muestren las diferencias. Cuando el propio sistema de creencias está amenazado en su coherencia, se pone en marcha una acción dirigida a normalizar la “otra realidad”. El acto violento puede ser interpretado como “un mensaje analógico de normalización al otro” o, incluso, como una “acción que apunta a normalizar la otra realidad” que procura que la mujer se conforme al propio sistema de creencias (*ibid.*, pp. 77-78).

En la violencia-castigo no hay pausa: el actor emisor considera que debe comportarse así y, a menudo, el actor receptor está convencido de que tiene que conformarse con la vida que le imponen. Al no haber pausas, esta violencia permanece escondida y toma un carácter íntimo y secreto. Ninguno de los actores habla de ella en el exterior. Más allá del aspecto interactivo, se trata de personas con muy baja autoestima. El maltratado presenta un importante trastorno de la identidad, y su sentimiento de deuda respecto de quien lo castiga lo lleva a justificar los golpes y a sufrírselos sin decir nada. El actor emisor a menudo es rígido, carente de toda empatía, impermeable al otro y a su diferencia, excepto en lo que esta pudiera parecerle peligrosa para sí mismo. La negación total y el rechazo de la identidad del actor receptor muestran que el violento desea modelar a su pareja hasta quebrarla, para que se vuelva “como debe ser”, es decir, conforme a su propia imagen del mundo (*ibid.*, pp. 61-62).

Frente a este panorama de sufrimiento y riesgo latente, la pregunta que suele hacerse —y que para el sujeto ajeno a la problemática resulta incomprensible— es la siguiente: ¿cómo es posible que las mujeres soporten tanto tiempo situaciones de violencia o que interpongan una denuncia para luego retirarla a los pocos días? La respuesta está dada por la vulnerabilidad de orden social que padecen las mujeres en general —ligada a la posición de inferioridad en la que se encuentran social y culturalmente— y por la vulnerabilidad psíquica y emocional que presentan algunas

en particular (por ejemplo, por su historia familiar destinada a reproducir modelos violentos, muy baja autoestima, etc.), que genera o facilita el “enganche” en una interacción violenta determinada por la complementariedad psíquica de los dos protagonistas.⁸¹

El acceso a este tipo de sistemas resulta sumamente difícil porque –repito– no hay pausa. La pausa, en todo caso, no es más que un estado de “suspense” superficial, que dificulta seriamente la intervención de los profesionales de la salud y el acceso de la víctima a la justicia o, en caso de haber accedido, propicia el retiro de la denuncia formulada. Se trata del llamado período de “luna de miel”, tercera fase del ciclo típico de violencia asimétrica.

La violencia-castigo o asimétrica se produce en situaciones cíclicas que pueden ser referidas a tres fases, que varían en intensidad y duración, según las parejas: 1) acumulación de tensión; 2) fase aguda de golpes; 3) calma “amante” o “luna de miel”.

La fase 1, de acumulación de tensión, es un período de agresiones predominantemente psíquicas y amenazas e intentos de golpes, en el que las mujeres niegan la realidad de la situación y los varones incrementan progresivamente la opresión, los celos y la posesión, creyendo que su conducta es legítima. Cuando la tensión alcanza su punto máximo, sobreviene la fase 2, caracterizada por el descontrol y la inevitabilidad de los golpes, que se desencadena de manera imprevista –y ante la “sorpresa” de la mujer– frente a cualquier situación de la vida cotidiana, por trivial que fuera. A esta fase sigue la de calma “amante”, signada por una conducta de arrepentimiento y afecto del hombre agresor y de aceptación de la mujer que cree en su sinceridad. En esta etapa predomina una imagen idealizada de la relación, acorde con los modelos convencionales de género. Luego, tarde o temprano, todo recomienza y la fase 1 vuelve a escena (Grosman y Mesterman, 2005, pp. 98 y ss.).⁸²

En definitiva, la importancia de la caracterización precedente se evidencia en la necesidad de los operadores sociales, de la salud y jurídicos de distinguir el tipo de interacción violenta que se presenta en cada caso que se denuncia. Esta distinción resulta fundamental desde la labor judicial, para verificar la modalidad y eficacia de las medidas a adoptar; y desde el abordaje social y psicológico, para analizar los *patterns* comunicacionales que se hallan en juego y, en función de ello, esbozar las pautas de trabajo que permitan luego desarticular la relación violenta.

Pero no debe olvidarse que el análisis de la relación de interacción violenta, subsumida en el microsistema del que hablaba Bronfenbrenner, no puede perder de vista los otros contextos o sistemas en los que se desarrolla la vida de una per-

⁸¹ Véase al respecto Hirigoyen (2008, pp. 58 y ss.).

⁸² Véase, también, Escobal (en AAVV, 2005, pp. 273 y ss.).

sona y que funcionan como multicausales de la violencia desde la perspectiva del modelo ecológico. Dada esta complejidad de eventos que determinan la violencia doméstica, es necesario desarrollar herramientas y métodos adecuados para identificar, diagnosticar, intervenir y atender a las familias que se encuentran en esa situación (Rubiano y otros, 2003, pp. 248-249).

Esta necesaria mirada ecológica o integral del fenómeno de la violencia doméstica requiere –repito– de un trabajo interdisciplinario arduo, que implica la creación de un espacio nuevo entre las disciplinas abocadas a intervenir en las situaciones problema (médico, psicólogo, asistente social, abogado). Dicha tarea permite compartir un espacio de análisis y reflexión entre todos los profesionales participantes, con la intención de lograr consensos en beneficio de las personas que merecen ayuda (Garrote, 2003, p. 67).

El trabajo interdisciplinario

...posibilitará mayor eficacia en la tarea. Entendido este como un sistema en el cual un conjunto de profesionales expertos, apuntan desde la especificidad y complementariedad de distintas disciplinas científicas al enfoque y resolución de situaciones familiares en crisis, mediante las cuales generan estrategias de abordaje posible para cada situación dada, surgidas del intercambio de información y de la reflexión acerca de ella. Necesariamente, todo equipo requiere la participación de todos los involucrados en la situación familiar, a cada uno de los miembros de esta, a los miembros significativos del contexto, Poder Judicial y profesionales intervinientes (Rivello, 2001, pp. 237-238).⁸³

A tales fines, la Ley 24.417 prevé tres instancias en que la interdisciplina asoma con su máximo esplendor: a) la realización del diagnóstico de interacción familiar (dispuesto en el artículo 3o.); b) la celebración de la audiencia de “mediación”, considerada en el artículo 5o.; y c) el deber del juez de instar a las partes y a su grupo familiar a asistir a programas educativos o terapéuticos.

El diagnóstico de interacción familiar es una evaluación que requiere de la participación de todo el grupo familiar y tiene por objeto indagar los aspectos relacionales que han dado lugar a la situación de violencia. Se trata, en definitiva, de una indagación profunda de las múltiples causales, tanto psicológicas –de interacción

⁸³ Debe notarse que, en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, el trabajo interdisciplinario se ve dificultado por una cuestión fáctica concreta, dada por la intervención de tres organismos diferenciados para trabajar con la problemática: la OVD; el Juzgado de Familia y el Cuerpo Interdisciplinario de Violencia Familiar. La cuestión se solucionaría mediante una reforma estructural de los juzgados de familia que incluya la creación de equipos interdisciplinarios propios de cada tribunal o, en su caso, con la creación de juzgados especializados en materia de violencia doméstica que trabajen en interacción con la OVD y el Cuerpo Interdisciplinario de Violencia Familiar.

e individuales—, como sociales y culturales, a los fines de aportar un panorama completo que permita desarrollar intervenciones de mayor precisión y eficacia. En cuanto a la audiencia de “mediación” prevista por el artículo 5o. de la Ley 24.417 (y las nuevas disposiciones que al respecto surgen del artículo 28 de la Ley 26.485), así como la derivación a programas educativos o tratamientos, serán considerados en forma separada en los puntos siguientes, a los cuales me remito.

Si lo que determina la aparición de las situaciones o episodios de violencia es la conjunción de diversos factores socio-psico-culturales, y no un elemento aislado, las intervenciones deben orientarse más a la transformación de los procesos y patrones inherentes a esos factores que a la sanción jurídica.

La adopción de medidas protectorias constituye una herramienta eficaz para poner freno a la situación de violencia. Incluso, la sanción penal —en caso de haberse tipificado un delito— guarda un rol similar. Sin embargo, ambas modalidades cumplen una función de restricción, control y —en su caso— castigo útil transitoriamente, pero insuficiente en el proceso de transformación del problema, tanto para la víctima como para el agresor. La primera, volverá seguramente a iniciar la relación de convivencia con quien la maltrata o caerá en una nueva interacción de pareja violenta. El segundo, intentará reanudar su vínculo de dominación o, en caso de ser resistido, iniciará a futuro otra relación en la que también estará presente el castigo como mecanismo de sumisión. Ambos, dejarán a sus hijos un legado de violencia tendiente a reproducirse. Sólo al comprender integralmente las causales de la violencia doméstica y procurar la reversión de sus efectos, a partir del trabajo interdisciplinario y el apoyo terapéutico y social, podrá evitarse tal fatal destino.

(iv) La importancia de la audiencia de conciliación

Tanto la Ley 24.417 como la Ley 26.485 disponen, respectivamente, la celebración de una audiencia ante el magistrado dentro de las 48 horas de adoptadas las medidas protectorias previstas por cada una de ellas o, de no haberse dispuesto medida alguna, desde que se tomó conocimiento de la denuncia. Pero la distinción entre ambas normativas en este aspecto es contundente: la primera, prevé la celebración de una audiencia de “mediación” con “las partes” y el ministerio público (artículo 5o.);⁸⁴ la segunda, dispone “En dicha audiencia, escuchará a las partes por separado bajo pena de nulidad, y ordenará las medidas que estime pertinentes. [...] Quedan prohibidas las audiencias de mediación o conciliación”. Agrega, asimismo, con buen

⁸⁴ Debe notarse que las leyes provinciales de Chaco, Chubut, Corrientes, Formosa, Jujuy, La Rioja, Misiones, Río Negro, San Luis y Santiago del Estero han previsto disposiciones similares, aludiendo también a la celebración de una audiencia de mediación o conciliación.

criterio que “El presunto agresor estará obligado a comparecer bajo apercibimiento de ser llevado ante el juzgado con auxilio de la fuerza pública” (artículo 28).⁸⁵

Apenas sancionada la Ley 24.417, como veremos seguidamente, comenzaron a desplegarse voces doctrinarias, tanto favorables como críticas a la solución legal. La utilización de la expresión “mediación” ha sido fuente de tantos y tan variados comentarios atinentes a la posibilidad de mediar en materia de violencia doméstica, que resulta necesario realizar alguna aclaración previa en torno del concepto y de las características que definen a la mediación.

La palabra “mediación” deriva del latín (*medius-medium*) y significa “en el medio”. La mediación es uno de los múltiples métodos o modos alternativos de resolver conflictos, respecto del cual se han delineado profusas y variadas definiciones. Así, y sólo a modo de ejemplo, Moore la ha conceptualizado como “la intervención en una disputa o negociación, de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de poder autorizado de decisión, para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable” (Moore, 1995, p. 44). Con similar criterio, Highton y Álvarez han definido a la mediación “como un procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a éstas a que, en forma cooperativa, encuentren el punto de armonía en el conflicto” (Highton y Álvarez, 1995, p. 195).

En términos genéricos, la mediación reúne las siguientes características:

- a) *Es un proceso político, ya que se ocupa del poder y tiene una ideología.*⁸⁶ El proceso tiende a equilibrar el poder entre los participantes como condición básica para afrontar una negociación exitosa y arribar a una solución duradera. Busca rescatar, reestablecer e incrementar la capacidad de las personas, que se encuentra, por alguna razón, obstaculizada, de resolver por sí mismas sus conflictos en forma efectiva (Suarez, 2003, p. 29).
- b) *Es un proceso en el discurso* (Calcaterra, 1996). El mediador inaugura los canales de comunicación que promueven o hacen más eficaz la comunicación (Moore, 1995, p. 50), y modifica las relaciones entre los involucrados, enaltecendo y controlando la comunicación entre ellos y modificando sus percepciones (Highton y Álvarez, 1995, p. 197).
- c) *Voluntariedad*. Es uno de los límites de la mediación. Si no está presente, la mediación no puede realizarse (Suarez, 2003, p. 30). No se obliga a las partes a negociar, a practicar la mediación o a aceptar a una parte interna o externa en una disputa (Moore, 1995, p. 52). La participación debe ser libre, sin coacción ni miedo (Parkinson, 2005, p. 30).

⁸⁵ Esta legislación ha seguido los lineamientos propuestos por sendas legislaciones locales.

⁸⁶ Al respecto se ha tomado la línea expuesta por Calcaterra (1996, p. 11).

- d) *Cooperación*. Participación colaborativa en el proceso. No se busca destruir al otro sino, por el contrario, que también se satisfagan sus intereses, para que todos los involucrados salgan ganando con el acuerdo (*ibid.*, p. 36).
- e) *Autocomposición*. Se piensa en las personas como activos co-constructores de sus realidades (Schnitman y Schnitman, 2005, p. 49), lo que requiere de la revalorización y fortalecimiento de los involucrados, y del potenciamiento de su capacidad para alcanzar sus propias decisiones informadas (Parkinson, 2005, p. 32). El mediador es sólo el facilitador del proceso y carece de autoridad decisional.
- f) *Inmediatez*. Entre las partes y para con el mediador.
- g) *Neutralidad*. El mediador debe ser imparcial (es decir, no favorecer o tomar partido por ninguno de los intervinientes) y equidistante (o sea, debe asistir en igual forma a las partes en disputa para que puedan expresar sus puntos de vista en busca de equilibrar poderes) (Calcaterra, 1996).
- h) *Confidencialidad*. Es el deber de preservar en secreto todo lo que sea revelado en las audiencias. Es una de las notas esenciales de la mediación, puesto que permite a las partes sentirse libres para explorar honestamente todos los aspectos de la disputa y sus posibles soluciones (Higthon y Álvarez, 1995, p. 198).
- i) *Proceso informal, pero con estructura*. No se siguen las reglas procesales, pero el mediador delimita una estructura, señalando a las partes las reglas a las que se ajustará la mediación.
- j) *Se pone el acento en el futuro*. Proceso de aprendizaje y transformación para lograr un acuerdo que satisfaga a todos los involucrados en el conflicto (aspecto pedagógico de la mediación) (Kotliar, 1996, p. 91). La autocomposición refuerza el éxito del acuerdo.

La mediación encuentra su fundamento en el principio de autonomía de la voluntad de las partes para resolver sus conflictos. La conceptualización y características expuestas muestran la necesidad de determinar, por un lado, si es acertada o correcta la alusión legal al término “mediación”. Por el otro, si es posible y, sobre todo, eficaz y favorable para las partes involucradas, procurar la mediación o conciliación en un contexto de violencia doméstica. Ello especialmente teniendo en cuenta que la Ley 26.485 –destinada exclusivamente a la protección de la violencia contra la mujer– prohíbe, en forma expresa, la celebración de una audiencia conjunta, y la mediación y conciliación entre la denunciante y el denunciado.

El primer interrogante, no presenta mayores dificultades, pues de la propia definición y caracteres de la mediación resulta evidente que el papel del juez no se identifica técnicamente con el del mediador. Mientras el mediador es sólo un facilitador de la autocomposición de las partes, que carece de poder de decisión, el juez puede constituirse en un facilitador del arreglo, pero lleva consigo el poder de re-

solver el conflicto si las partes no arriban a un acuerdo. Esto significa que la Ley 24.417 refiere erróneamente al término “mediación”, cuando debió utilizar la expresión conciliación, propia del rol judicial.

La segunda pregunta es más compleja, puesto que nos sumerge en la posibilidad de arribar a acuerdos conciliatorios en materia de violencia doméstica. Y en este aspecto es donde las voces doctrinarias se han desplegado en sentidos adversos.⁸⁷

Para Grosman y Mesterman, la mal llamada “mediación”, a la que alude el artículo 5o. de la Ley 24.417, se limita a lograr el acuerdo o consenso para las distintas alternativas terapéuticas, teniendo en cuenta el informe de interacción familiar. Resaltan los autores la importancia de esta audiencia, “porque la posibilidad de que el ofensor o el grupo familiar acepte el tratamiento terapéutico destinado a crear nuevas pautas de interacción constituye uno de los ejes esenciales de la ley” (Grosman y Masterman, 2005, p. 291).

La gran mayoría de los autores que han tratado especialmente el tema, lo han hecho desde la perspectiva de la mediación en sentido técnico, que no es a la que apunta la ley cuando utiliza esa expresión. Es por eso que algunos de los argumentos esgrimidos en contra de la posibilidad de mediar, en familias atravesadas por violencia doméstica, no revisten trascendencia en lo que aquí interesa, por cuanto se refieren a las características exclusivas del proceso de mediación (carencia de poder de decisión, confidencialidad, informalidad del proceso, etc.) y permanecen ajenas a la conciliación que puede ofrecerse desde el sistema judicial. Por ello, no serán consideradas. Sí lo será, por el contrario, el argumento central que se utiliza para desestimar la mediación en materia de violencia familiar y que se reitera para el ámbito conciliatorio que prevé el artículo 5o. de la Ley 24.417: el desequilibrio entre las partes, propio de la dinámica violenta, impide, en un enfrentamiento cara a cara, la posibilidad de arribar a consensos favorables para la víctima.

Así, por ejemplo, para Pastorino, la mediación impuesta por la ley es inútil como herramienta legal para resolver conflictos de violencia doméstica. Y ello por cuanto: a) Partiendo de una situación de desequilibrio como la que se presenta en estos casos, “resulta un sinsentido imaginar a la víctima participando en un proceso de mediación junto al victimario”, b) “Esta técnica alternativa, puede ser un dañino, sino peligroso foro para la víctima de violencia. El desequilibrio de poder que surge de la relación abusiva puede colocarla en una clara desventaja durante la negociación cara a cara. Puede, incluso, vérselas con la agresión física como respuesta luego de una sesión de mediación”, c) “La mujer abusada puede hacer concesiones en el proceso de mediación llegando a ‘acuerdos’ perjudiciales para ella, para

⁸⁷ Para profundizar específicamente en la posibilidad de mediar en materia de violencia familiar y las diversas posturas de los autores del derecho comparado en la materia, se recomienda confrontar Wagmeister y Bekerman (1999).

protegerse de un mayor abuso. El desequilibrio de poder en una relación víctima-abusador es de tal peso que la posibilidad de que la víctima sea coaccionada durante la mediación es virtualmente inevitable”; y d) “No cualquier intervención judicial quiebra el ciclo de la violencia. El abusador debe recibir dos mensajes del orden legal: que la víctima está bajo la protección del Estado y que su conducta es inaceptable. Ninguno de estos dos mensajes son recibidos por el victimario al someter a mediación una cuestión como la que se ventila” (Pastorino, 1996, pp. 47 y ss.).

Por su parte, Villaverde sostiene que “en los procesos en los que se denuncian hechos violentos no se reúnen las condiciones que habilitan los mecanismos alternativos de resolución de conflictos como la mediación, porque en ellos se requiere que ambas partes se encuentren en condiciones de igualdad, hecho inexistente o altamente improbable en los casos de violencia” (Villaverde, 2006).

También afirma que disminuye el poder de negociación de la mujer, y si el mediador no reconoce (por falta de formación en la perspectiva de género) pautas específicas de socialización del género, la hace más vulnerable (*idem*).

Rioseco Ortega concluye que “la mediación, aun con el mejor de sus propósitos, constituye un instrumento muy dañino y peligroso para las mujeres que viven violencia doméstica, ya que no se concibió con perspectiva de género y, por la pretendida neutralidad que la caracteriza, no podría aplicarse con esta perspectiva sin violentar su esencia” (Rioseco Ortega, 1999, p. 607); resaltando que “en los casos de violencia doméstica el no favorecimiento de los intereses de una parte en perjuicio de la otra jugaría un rol inverso al teóricamente esperado. Este mantenerse neutro, necesariamente va a operar en contra de la parte sin poder, de la más débil en esta negociación” (*ibid.*, p. 597).

Las críticas esbozadas merecen una respuesta tendiente a distinguir los elementos que permiten aceptar y promover la conciliación en parejas atravesadas por violencia doméstica. En sentido interrogativo: ¿cuándo y hasta cuándo es posible la conciliación en materia de violencia familiar? Evidentemente, no todos los conflictos atravesados por violencia pueden ni deben conciliarse.⁸⁸

Hay tres aspectos genéricos a explorar para determinar la posibilidad de trabajar en mediación y violencia: a) el tiempo de la violencia; b) la interacción violenta; y, c) las cuestiones que pueden o no ser conciliables.

Respecto del llamado “tiempo de la violencia”, sabido es que la mediación sólo es posible cuando los episodios de violencia no sean actuales (Berardo y otros, 2003, p. 21), es decir, cuando se trate de episodios pasados, ya sea reiterados (violencia sistemática) u ocasionales e, indudablemente, conscientes o reconocidos por las partes. Cuando la violencia es inconsciente, es difícil trabajarla en un

⁸⁸ En este sentido, se habla de “criterios de conciliabilidad de casos”. Véase Escalante Barboza y Solano Castillo (2001).

ámbito conciliatorio y resulta más adecuado, antes de intervenir, derivar a las partes a tratamiento psicológico.

Este factor del tiempo en la violencia no presenta mayores dificultades en el marco de un proceso judicial por dos razones: la primera, por cuanto la misma activación del aparato judicial mediante la denuncia muestra que la víctima ha tomado conciencia de la violencia; la segunda, en tanto cuando se advierte una situación de riesgo para la denunciante, el propio tribunal dispondrá medidas protectorias que hagan cesar los episodios de violencia antes de la celebración de la audiencia conjunta.

En cuanto a la interacción violenta, el planteo se remite a lo esbozado a lo largo de este trabajo acerca de la necesidad de distinguir entre la violencia-castigo o complementaria, y la violencia-agresión o simétrica. Al respecto se ha señalado que:

en la simétrica, la patología de la relación se manifiesta por una guerra más o menos abierta, en la que desemboca la carrera de la competitividad y una escalada de los conflictos. No siempre la violencia que se desata en este tipo de categoría –y que es la que se da en la mayoría de los divorcios contenciosos y sus múltiples incidentes–, debe considerarse no mediable por esa razón, ya que no implica necesariamente una incapacidad de la víctima para tomar decisiones por sí misma.

En cambio, en las relaciones complementarias, “se evidencia un desequilibrio de poder entre las partes, y es la que ocasiona más polémica entre los mediadores y especialistas, acerca de la posible intervención de un mediador” (Ilundain y Tapia, 1998, pp. 39 y ss.).

En el mismo sentido se expide Cárdenas, cuando diferencia casos *de* violencia y casos *con* violencia, al decir:

La mayoría de las familias han pasado por episodios violentos. En el 70% de las separaciones conyugales, por ejemplo, ha habido hechos violentos en los períodos inmediatamente anterior y posterior a la separación. Muchísimas veces hay violencia en los conflictos entre padres e hijos adolescentes, o cuando hay un enfermo mental en la familia. Estos no son casos ‘de violencia’ sino casos ‘con violencia’. No deben tratarse estos casos como de violencia, porque el foco no está sino en el divorcio u otros problemas (Cárdenas, 1999, p. 46).

Con esta distinción, el autor observa que los casos *con* violencia o los casos *acompañados* de violencia son, casi siempre, susceptibles de mediación. Siempre y cuando se cumpla con una etapa de pre-mediación que ponga a las partes en disponibilidad para negociar. En esta etapa de pre-mediación

...el operador procura reconocer a cada uno su poder y devolverle la autoestima, no focalizando en la violencia sino en las realidades positivas (aunque no del todo bien conducidas) que permitieron su aparición. [...] En la etapa de la mediación propiamente dicha, sea que su objetivo sea organizar tareas para una buena convivencia o para una buena separación, tampoco se focaliza en la violencia y en su desaparición, sino en la solidaridad necesaria para la empresa común. La desaparición o disminución de la violencia es sólo una consecuencia de los acuerdos y su ejecución (Cárdenas y Franco, 2000, pp. 154-155).⁸⁹

En situaciones de violencia doméstica en las cuales la interacción es simétrica, y donde las personas se encuentran vinculadas por una relación igualitaria, la conciliación no sólo es viable, sino que es necesaria para establecer acuerdos sobre cuestiones tales como: los términos de la separación, la atribución de la vivienda, la guarda de los hijos, el régimen de comunicación con el progenitor no conviviente, los alimentos, etc., que coadyuven a poner fin a la dinámica violenta.

En cambio, en los supuestos de interacción violenta complementaria o asimétrica, la cuestión presenta diversos matices que deben ser analizados cuidadosamente. El primero se relaciona con el conductor de la audiencia, que deberá ser necesariamente el juez –con el apoyo interdisciplinario– en tanto su figura simboliza el límite de la ley (en sentido jurídico y psicoanalítico), necesario para compensar el desequilibrio inicial que presenta la violencia agresión. Así, se ha resaltado que la intervención de los trabajadores sociales y terapeutas “no suple la presencia del juez en persona, que es a quien la familia –una vez conectada con el sistema judicial– reconoce como autoridad y quiere ver y oír” (Cárdenas y Montes, 1992, p. 25). La ayuda interdisciplinaria permitirá al magistrado desplegar las herramientas indispensables para empoderar a la víctima en la negociación.

El segundo elemento se vincula con la concurrencia indefectible de ambas partes con patrocinio letrado, de modo que se asegure la adecuada defensa de los intereses de todos los involucrados y, especialmente, se evite por parte de la víctima la aceptación de acuerdos sobre la base del temor al agresor y su sumisión en la relación violenta.

Un tercer aspecto a considerar –ya mencionado– es el factor tiempo: la violencia no debe ser actual, de modo que, antes de la celebración de la audiencia, el tribunal debe adoptar todas las medidas protectorias conducentes a cesar los episodios de violencia. En fin, el último punto a tener en cuenta se relaciona con las cuestiones susceptibles de conciliación, a las que he hecho referencia al principio.

⁸⁹ Siguen esta línea de razonamiento también Gianella y Curi (2002) y Felibert (2009).

Nunca y bajo ningún concepto, es posible mediar lo que podríamos llamar la violencia en sí misma. No es posible conciliar el “pegar o no pegar”, o siquiera pensar que porque se acuerde en una audiencia, el agresor dejará de maltratar a la víctima. Como bien se ha dicho, “la violencia en sí no es mediable”, en el sentido de que no pueden efectuarse acuerdos entre dos personas donde el desbalance de poder para negociar es indubitable, y existe un riesgo físico para alguna de ellas. Jamás podría hacerse un acuerdo en el que la víctima se comprometiese a determinadas concesiones a cambio de que la violencia cese” (Ilundain y Tapia, 1998, p. 42). Se trata, evidentemente, de una cuestión que excede la autonomía de la voluntad de las partes.

Esto no obsta la importancia de consensuar en torno de las cuestiones particulares, derivadas o paralelas o relativas a la violencia, tales como la separación de las partes, atribución de la vivienda, guarda de los hijos, régimen de comunicación, alimentos y, especialmente, las relativas a la derivación para llevar a cabo tratamientos terapéuticos vinculares y/o individuales, a los que alude especialmente el artículo 5o. de la Ley 24.417. Tales consensos no sólo son posibles sino necesarios y favorables para desarrollar nuevas reglas de juego en la relación, empoderar a la víctima, y declinar la conflictividad entre las partes.⁹⁰

La búsqueda de consensos desde el trabajo interdisciplinario bajo la conducción del juez, puede ser sumamente útil en la faz preventiva, pues la búsqueda de una solución mutuamente satisfactoria disminuye las probabilidades de desatar nuevos episodios de violencia, y permite abordar los múltiples factores que inciden en la interacción violenta. La conciliación como método facilitador de la comunicación propone una mirada hacia el futuro cuyo sentido específico, en un contexto de violencia, es generar el aprendizaje de un nuevo modo de vinculación no violento.

La actuación judicial y el trabajo interdisciplinario en la audiencia de conciliación permiten revertir las relaciones desiguales de autoridad y de género que se reproducen en los modelos familiares tradicionales. El reconocimiento y la adecuada distribución de los roles en el contexto familiar, mediante el fortalecimiento de los recursos individuales y grupales, actúa sobre la estructura y la dinámica de la familia generando mayores posibilidades de trabajar sobre futuros conflictos.

De ello dan cuenta las estadísticas reseñadas al comienzo de este trabajo, que indican que de la totalidad de los casos consultados, en 38% se arribó a acuerdos tales como el retiro del agresor del hogar (26%), el pago de una cuota alimentaria

⁹⁰ Se ha dicho, aludiendo a la mediación pero perfectamente extensible a la conciliación judicial, que “En mediación el maltratador, por la educación que recibe en nuevas formas de relacionarse y la necesidad de respetar las reglas de juego que se estipulan, puede aceptar la nueva situación planteada por su pareja, si esta decide la separación, actitud totalmente opuesta a la de la mayoría de los maridos golpeadores, quienes buscan la reconciliación”, Wagmaister y Bekerman (1999).

(50%), un régimen de comunicación con los hijos (46%), la realización de tratamiento terapéutico (59%), el avenimiento para iniciar otro trámite (por ejemplo, el divorcio), la obtención de una vivienda para alguna de las partes, la continuación de la convivencia, el retiro de efectos personales o herramientas de trabajo de la vivienda, el inventario de bienes, etcétera.

Los argumentos expuestos y la experiencia judicial me llevan a disentir con la prohibición de “mediación y conciliación”, y con el deber del juez de escuchar “a las partes por separado bajo pena de nulidad” contenidas en el artículo 28 de la Ley 26.485. Más allá de las ventajas de la conciliación, su éxito depende de la disponibilidad y voluntad de las partes para consensuar. Si esta voluntad no existe, no hay consenso posible y será inútil cualquier intento de celebrar una audiencia conjunta.

Lo mismo ocurre cuando el magistrado verifica que la violencia asimétrica ha llegado a degradar tanto a la mujer que ni siquiera su intervención ni la de los letrados podrá compensar esta asimetría. En este aspecto, se ha remarcado que “es de vital importancia no sólo la libertad de cada una de las partes para asistir a un proceso en el que debe disponerse a negociar, sino también la capacidad volitiva, que debe encontrarse libre de compromisos o presiones de cualquier índole” (Escalante y Solano Castillo, 2001, p. 9). Cuando ello se advierte, será el magistrado interviniente quien —a pedido de parte o aun cuando aquélla no lo exigiera— decidirá la inconveniencia de celebrar la audiencia conjunta. De no darse tales circunstancias, no resulta comprensible que la norma prohíba a las partes cualquier negociación por sobre un principio de raigambre constitucional como la autonomía de la voluntad.

Tal cuestión fue planteada por ante los tribunales cordobeses a raíz de lo dispuesto por el artículo 27 de la Ley local 9.283, que prohíbe “la confrontación o comparecimiento conjunto de la víctima y el agresor”. El Juzgado de Familia de la 3ra. Nominación de Córdoba declaró la inconstitucionalidad de la norma, argumentando que limita las facultades de los magistrados, y atenta contra los derechos constitucionales expresos, como el derecho de defensa y el debido proceso.⁹¹

Si bien la Cámara revocó tal declaración de inconstitucionalidad, dejó a salvo la facultad de los magistrados de celebrar audiencias conjuntas, al afirmar que:

aunque la Ley de Violencia Familiar adolezca de inconsecuencias, contradicciones y deficiencias de técnica legislativa y la expresión utilizada por la norma cues-

⁹¹ Así lo ha resaltado también la magistrada actuante en un trabajo en coautoría, al decir: “No obstante reconocerse como principio orientador ‘evitar la revictimización’, ello no se opone a que el magistrado, actuando conforme a sus amplias atribuciones, pueda disponer el comparendo conjunto en caso de ser oportuno y necesario. En tal sentido, el vocablo ‘prohibir’ que emplea la normativa deviene inconstitucional, por afectar el derecho de defensa, el debido proceso y la igualdad ante la ley”, Tagle De Ferreyra y Palacio De Caero (2006).

tionada (“prohibición” de comparecimiento conjunto) no sea feliz, quienes la aplican deberán interpretarla sistemáticamente para que no se frustren los objetivos que enuncia el cap. I de dicho cuerpo legal. [...] El artículo 27 Ley 9.283 sienta el principio de tutela efectiva que tiende a evitar otra situación de violencia en los tribunales, al prohibir la “confrontación o el comparecimiento conjunto”, pero no “obliga” a citar a los involucrados en días diferentes. Por lo tanto, si a la luz del principio tutelar de la víctima se considera riesgosa la presencia simultánea, se los podrá convocar en horarios sucesivos. Lo dicho no impide que, verificada la efectividad de la medida y que la decisión anterior ha logrado desarticular la violencia de la crisis, se reúna a ambas partes para intentar que concilien, inmediatamente después de oírlos por separado. El principio de conciliación es rector en la actuación del fuero familiar, y ya se ha visto que limitaciones legales similares no empecen la aplicación de normas supletorias que posibiliten los acuerdos [...] se estima que la postergación de la bilateralidad, propia de estos procesos urgentes, no afecta sustancial ni definitivamente la potestad judicial de escuchar a ambas partes en conjunto. En consecuencia, la contradicción del artículo 27 con el orden jerárquico superior es sólo aparente y no se afectan las garantías de igualdad, debido proceso y defensa al no formularse criterios arbitrarios, de indebido favor, disfavor, privilegio personal o de clase o de ilegítima persecución.⁹²

(v) El acceso a la justicia y el patrocinio jurídico

El artículo 5o. del Decreto 235/96 –reglamentario de la Ley 24.417– establece que:

No se requiere asistencia letrada para formular las denuncias. Se garantiza la asistencia jurídica gratuita a las personas que la requieran y no cuenten con recursos suficientes, a través de los Defensores de Pobres, Incapaces y Ausentes en lo Civil y Comercial, de los Centros de Atención Jurídica Comunitaria dependientes de la Secretaría de Asuntos Legislativos del Ministerio de Justicia y de los consultorios jurídicos dependientes de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y de otros organismos públicos. [...] La prestación se regirá por convenios que el Ministerio de Justicia suscribirá con esas instituciones, en los que podrá incluirse el compromiso de las entidades de brindar capacitación especializada en temas de violencia familiar. A los mismos fines, el Ministerio de Justicia podrá celebrar convenios con la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y con el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

⁹² Cám. de Flia. Córdoba, 1^a Nom., 29/05/2006, “V., A. H.”, <www.abeledoperrot.com>, núm. 70023410.

La obligación estadual de garantizar la asistencia gratuita se vio reforzada con la sanción de la Ley 26.485, que alude específicamente al tema en distintas disposiciones. Así, el artículo 10.5.1 señala el deber de la Secretaría de Justicia de

...a) Promover políticas para facilitar el acceso de las mujeres a la Justicia mediante la puesta en marcha y el fortalecimiento de centros de información, asesoramiento jurídico y patrocinio jurídico gratuito; b) Promover la aplicación de convenios con Colegios Profesionales, instituciones académicas y organizaciones de la sociedad civil para brindar asistencia jurídica especializada y gratuita.

A su vez, el artículo 16, destinado a regular las garantías mínimas del procedimiento, expresa que deberá garantizarse a las mujeres víctimas de violencia el derecho a “la gratuidad de las actuaciones judiciales y del patrocinio jurídico preferentemente especializado”.

Pese al énfasis normativo, la realidad demuestra que el acceso al patrocinio jurídico gratuito y, además, especializado, resulta dificultoso para las mujeres víctimas de violencia doméstica. La cuestión no resulta menor, en tanto se conecta con el reconocimiento de un derecho humano fundamental, cual es el acceso a la justicia.

El acceso a la justicia o al órgano judicial constituye una primera etapa del derecho a la jurisdicción o tutela judicial efectiva,⁹³ y ha sido tradicionalmente consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional y, con posterioridad, en instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional.⁹⁴ Este “acceso mismo al proceso” requiere de la superación de los obstáculos sustanciales y formales que bloqueen la efectividad del derecho a la jurisdicción.

El derecho a la tutela judicial efectiva “antes” del proceso implica, entonces, el derecho a exigir del Estado el cumplimiento de los presupuestos jurídicos y fácticos necesarios para satisfacer el cometido jurisdiccional ante la eventualidad de una *litis* concreta (Rosatti, 1984, pp. 56 y ss.). En otras palabras, el acceso a la justicia puede definirse como el derecho a reclamar la protección de un derecho legalmente reconocido, por medio de los mecanismos institucionales existentes dentro de una comunidad. En este contexto, acceder a la justicia implica la posibilidad de conver-

⁹³ Bidart Campos, p. 52; del mismo autor, (1996); (1996a, pp. 15 y ss.); (1996b, pp. 11 y ss.); Ekmekdjian (1997, pp. 233 y ss.); Gozaini (2004, pp. 105 y ss.); Sagües (2002, pp. 197 y ss.); Tagle de Ferreyra (1996, pp. 55 y ss.).

⁹⁴ Este derecho ha sido reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 10 y 11); la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (artículo 28); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 8o. y 9o.); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 14); y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 40).

tir una circunstancia, que puede o no ser inicialmente percibida como un problema, en cuestionamiento jurídico (Gherardi, 2006, pp. 129-130).

Como bien se ha señalado, este derecho puede ser considerado desde varios aspectos diferentes aunque complementarios: a) el acceso propiamente dicho, es decir, la posibilidad de llegar al sistema judicial contando con la representación de un abogado; b) la disponibilidad de un buen servicio de justicia, o sea, la posibilidad de obtener un pronunciamiento judicial justo en un tiempo prudencial; c) la posibilidad de sostener el proceso completo, de modo que las personas no se vean obligadas a abandonar una acción judicial a lo largo del proceso, por razones ajenas a su voluntad; y d) el conocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos, y de los medios para ejercer y hacer reconocer esos derechos así como, especialmente, la conciencia del acceso a la justicia como un derecho y la consiguiente obligación del Estado de brindarlo y promoverlo en forma gratuita (Birgin y Kohen, 2006, pp. 19-20).

De los aspectos indicados, el primero ha sido garantizado expresamente por el Decreto 235 cuando determina la posibilidad de formular la denuncia por violencia doméstica sin asistencia letrada. Es decir, en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, no se exige el patrocinio de un abogado para *iniciar* la causa de violencia, solución lógica que se funda en la urgencia que merece el tratamiento de este tipo de conflictivas y el dictado de medidas protectorias que, muchas veces, no se concede con la demora que en mayor o menor medida implica conseguir el patrocinio de un abogado, aun contando con recursos. Pero sí se exige esta representación –conforme se infiere implícitamente del citado decreto– para *continuar* el trámite del expediente.

Las estadísticas reseñadas muestran que esta exigencia no se plasma en la praxis judicial. En efecto, de los expedientes compulsados en 2002, sólo en 19% de los casos la denuncia se formuló con patrocinio letrado (de los cuales 45% pertenece a patrocinios jurídicos gratuitos y 55% a patrocinios privados), mientras que 77% de las denuncias se realizó sin patrocinio alguno, situación que en gran parte de los casos se extendió durante todo el desarrollo del proceso. Sobre el restante 4% no surgen datos en el expediente.

Las razones de la falta de asistencia son múltiples. Así lo destaca Birgin, en su investigación relevada entre 1996 y 1998, al señalar que:

La búsqueda de asistencia jurídica está determinada por la actitud personal hacia los abogados, el nivel de ingresos, la gravedad del caso, la percepción sobre la “accesibilidad” del juzgado. [...] Existe desconocimiento sobre el papel del abogado y sobre el eventual beneficio de su asistencia: “Me tendría que interiorizar más en qué tipo de trabajo hace un abogado”. [...] La falta de recursos económicos es la razón más importante que esgrimen las entrevistadas. Algunas hacen consultas, pero describen la imposibilidad de asumir el pago de honorarios. Otras ni siquiera consultan, desestiman de entrada la posibilidad de contar con ayuda profesional.

[...] Una tercera razón es la percepción de las entrevistadas de las posibles consecuencias del caso. Algunas consideran que, sin asistencia legal, no es posible encontrar solución alguna y dicen: “Si no tenés un abogado, no hacés nada porque la Justicia no hace absolutamente nada, es una desgracia, ¡o te morís o te matan! No podés salir de apuro con la Justicia”. [...] Más allá de los resultados obtenidos o de la participación del profesional, las entrevistadas manifiestan insatisfacción con la asistencia recibida. “Fue todo muy bien, claro que él no puso ni un pero...” “Yo tenía propiedad, pero no tenía plata para pagar, tendrían que haberme patrocinado igual”. Este último testimonio muestra que ciertas instituciones públicas mantienen criterios obsoletos para decidir si brindan o no asistencia: si una mujer carece de ingresos, se le niega la asistencia aunque cuente con una propiedad (Birgin, 1999).

Los resultados de esta investigación dan cuenta de la dificultad de acceder al patrocinio letrado por parte de los sectores y grupos en desventaja económica y social (las mujeres y los niños más pobres),⁹⁵ sea a raíz de la falta de acceso a la información y conocimiento acerca de los mecanismos existentes para tornar efectiva la representación letrada, sea como consecuencia de la imposibilidad de afrontar el costo de un patrocinio privado, y la escasez y deficiencia que presentan los servicios jurídicos gratuitos.

Esta situación permite verificar la discriminación que padecen quienes carecen de recursos económicos y sociales para acceder en forma efectiva a la justicia, y en especial, en materia de violencia doméstica, las dificultades para “sostener el proceso completo” con una representación adecuada y especializada que garantice que una vez formulada la denuncia, e incluso adoptadas las medidas protectorias pertinentes, esta situación pueda mantenerse en el tiempo, de modo de evitar desistimientos “forzados” por las circunstancias y acuerdos inequitativos y desventajosos para las víctimas vulnerables.

En este contexto, el pleno ejercicio del acceso a la justicia como derecho fundamental, supone la obligación del Estado de crear las condiciones jurídicas y materiales que garanticen su vigencia en condiciones de *igualdad*. Ello significa que el Estado no sólo debe abstenerse de obstaculizar el goce y ejercicio de este derecho, sino que debe adoptar acciones positivas y remover los obstáculos materiales que impiden su ejercicio efectivo (Birgin, 2003, p. 123). Pero estas acciones positivas no se agotan con formulaciones legales genéricas como las que vimos que contiene el Decreto 235/96 y la Ley 26.485, sino con acciones concretas, tendientes a poner en práctica los postulados legales y constitucionales.⁹⁶

⁹⁵ Véase al respecto Fernández Valle (2006, pp. 39 y ss.).

⁹⁶ Para ello, resulta sumamente interesante tener en cuenta la experiencia del derecho comparado, la que ha sido descrita minuciosamente en Gherardi (2006, pp. 129 y ss.).

En este aspecto, el panorama de la Argentina es claramente deficitario. En la ciudad de Buenos Aires, según una investigación realizada en el marco del Programa Justicia y Género del Centro de Apoyo al Desarrollo Local en 2003, los servicios jurídicos gratuitos estatales y no estatales se encuentran distribuidos de la siguiente forma: 38% pertenece al Centro de Formación Profesional, de la Facultad de Derecho de la UBA (conformado esencialmente por estudiantes guiados por sus profesores), 22% pertenece a la División Jurídica Asistencial de la Procuración General del gobierno de la ciudad, 18% a la Red de Defensorías Zonales de Niñas, Niños y Adolescentes, 7% a la Defensoría de Pobres y Ausentes (que sólo cuenta con cuatro abogados designados a causas civiles), 4% al Consultorio jurídico gratuito del Colegio Público de Abogados, 2% al Consultorio gratuito de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, y el resto se distribuye entre otros servicios de universidades privadas, defensorías de la ciudad, etcétera.

En total, estos servicios reúnen alrededor de 290 abogados para una población de casi tres millones de habitantes. Pero, además, estas organizaciones no son instancias jerarquizadas dentro de las instituciones a las que pertenecen ni son consideradas un servicio público, con las consecuencias materiales y normativas que ello supondría. La inexistencia de control de calidad y la escasa valoración de la tarea que realizan hace que, en definitiva, la calidad del servicio prestado quede librada a la disposición del profesional interviniente (Birgin y Kohen, 2006a, pp. 239 y ss.).

Es decir,

Si bien existen en Buenos Aires servicios gratuitos de patrocinio y asistencia jurídica, estos están organizados como una actividad de carácter asistencial o bien como una parte de la formación universitaria de los estudiantes de Derecho. No se ha avanzado en el reconocimiento de estos tipos de prestaciones como una actividad obligatoria, emprendida o regulada por el Estado, que tienda a satisfacer los derechos de los ciudadanos y que debería organizarse bajo la lógica de los demás servicios públicos, como la educación o salud (Birgin, 2003, p. 124).

Tal como se adelantó, en materia de violencia doméstica, la ausencia de estos recursos es un problema esencial, si se advierte que el patrocinio es un elemento fundamental para garantizar tanto la toma de las medidas como el proceso judicial en sí. Las denuncias mal formuladas y la falta de prueba, aunque fuera indiciaria, dificultan al juez tomar la medida adecuada (Birgin, 1999). Además, la continuidad e instancia del procedimiento es función de los abogados, quienes deben asegurar que los derechos de las mujeres denunciadas se garanticen en el tiempo.

En fin, Argentina tiene una deuda pendiente cuyo cumplimiento resulta un engranaje fundamental del sistema de protección contra la violencia doméstica: ampliar la oferta de servicios que brinden patrocinio jurídico gratuito y especializado,

entendido éste como un servicio público sujeto a control permanente por parte del Estado.

(vi) Eficacia de la imposición de sanciones en el proceso civil

La Ley 24.417 no prevé un procedimiento con sus distintas etapas ni el dictado de una sentencia condenatoria para el denunciado, en el marco de un expediente sobre violencia doméstica, como ocurre en sendas legislaciones del derecho comparado.⁹⁷ Apenas entró en vigencia la norma, esta carencia fue criticada por algún sector de la doctrina que, sin perjuicio de comprender las múltiples causas o factores que dan origen a la violencia doméstica, resaltó la necesidad de contar –aun dentro del marco de un proceso civil– con medidas específicas para afirmar la responsabilidad individual (Grosman y Martínez Alcorta, 1995).

En sentido contrario, se afirmó que:

haber pasado en el objetivo final del proceso en análisis de una sentencia a una audiencia es quizás el valor más importante desde el punto de vista procesal y el que ha resultado más difícil de asimilar [...], y ello es así porque si lo que se intentaba era amparar a la víctimas del maltrato antes que sancionar a los victimarios, como lo afirma de manera unánime la doctrina que doy por conocida, ello no se po-

⁹⁷ Así, por ejemplo, la Ley chilena 20.066 dispone en el artículo 8o. que “Se castigará el maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar, atendida su gravedad, con una multa de media a quince unidades tributarias mensuales a beneficio del gobierno regional del domicilio del denunciante o demandante, para ser destinada a los centros de atención de víctimas de violencia intrafamiliar existentes en la región respectiva y que sean de financiamiento público o privado...” La Ley venezolana sobre la Violencia contra la Mujer, prevé en el artículo 25 que “A los penados por los hechos de violencia previstos en esta Ley se les impondrá también como obligación participar en los programas de educación y prevención que sean aconsejables a juicio del personal profesional de especialistas que intervengan en el proceso”. A su vez, el artículo 26 determina que “Si la pena privativa de libertad a imponer no excede de un año y el sujeto no es reincidente, podrá sustituirse por trabajo comunitario”. El artículo 27 expresa que “A los efectos de esta Ley, la conversión de las multas se hará computando un día de arresto por cada mil (1 000) bolívares de multa. La pena que resulte de la conversión en ningún caso podrá exceder de seis (6) meses de arresto”. La Ley 132/97 de Honduras señala que cuando el agresor cometa actos de violencia doméstica sin llegar a causar daños tipificados como delitos en el Código Penal, será sancionado con la prestación de servicios a la comunidad de uno a tres meses por el no acatamiento de uno de los mecanismos de protección impuestos, sin perjuicio de la pena a que hubiere lugar y del resarcimiento de daños y perjuicios; y con la prestación de servicios a la comunidad de tres meses a un año, si nuevamente incurre en actos de violencia doméstica. Si por tercera vez incurre en este tipo de actos, una vez agotadas todas las alternativas previstas por la ley, su conducta será considerada como delito penalizado por el Código Penal (artículo 7). En fin, la Ley 1.674 de Bolivia establece penas de multa y su incumplimiento da lugar a la conversión en arresto, el que no puede exceder los 4 días, pudiendo diferirse su cumplimiento a los fines de semana (artículos 8o. y 9o.). Las penas impuestas pueden reemplazarse por medidas alternativas como la terapia o los trabajos comunitarios fuera del horario laboral (artículo 11).

día lograr con un procedimiento de tipo lineal en donde el actor ataca al demandado y viceversa, para dirimir la contienda en una sentencia, sino a través de una intervención de tipo circular en donde todos tienen un lugar semejante y donde el juez es uno más en esa circularidad, pero con la autoridad propia de la función que se concreta en la facultad de ordenar el movimiento en la dirección correcta. Ello permitirá reunir a las partes en audiencias en las que irán modificando sus conductas y solucionando sus conflictos por violentos o difíciles que fueren, sea en forma inmediata o en forma progresiva durante la concurrencia a tratamientos que se les impondrán y como consecuencia de otras medidas que el juez habrá de tomar (Molina, 2003, p. 109).

El debate doctrinario sigue vigente. De ello dan cuenta las diversas legislaciones locales que –a diferencia de la citada– contienen un sistema de sanciones para responsabilizar al agresor. Así lo hacen las normas vigentes en las provincias de Argentina. En ese sentido, la Ley 3.040/96 de Río Negro, la Ley 11.529 de Santa Fe y la Ley 2.426 de Santa Cruz, por caso, establecen distintas sanciones ante la comprobación de los hechos denunciados o del incumplimiento de las medidas adoptadas.

En similares términos se expidió la Ley 26.485, cuyo artículo 32 establece que:

Ante el incumplimiento de las medidas ordenadas, el/la juez/a podrá evaluar la conveniencia de modificar las mismas, pudiendo ampliarlas u ordenar otras. Frente a un nuevo incumplimiento y sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que correspondan, el/la Juez/a deberá aplicar alguna/s de las siguientes sanciones: a) advertencia o llamado de atención por el acto cometido; b) comunicación de los hechos de violencia al organismo, institución, sindicato, asociación profesional o lugar de trabajo del agresor; c) asistencia obligatoria del agresor a programas reflexivos, educativos o terapéuticos tendientes a la modificación de conductas violentas. Asimismo, cuando el incumplimiento configure desobediencia u otro delito, el juez deberá poner el hecho en conocimiento del/la juez/a con competencia en materia penal.⁹⁸

En este contexto normativo, corresponde analizar la eficacia de las sanciones impuestas en los distintos ordenamientos. No tengo duda alguna de que el abordaje interdisciplinario e integral de la problemática de la violencia familiar es el más eficaz para atacar este flagelo y generar cambios individuales y vinculares tanto en

⁹⁸ Además, la ley dispone en el artículo 35 que “La parte damnificada podrá reclamar la reparación civil por los daños y perjuicios, según las normas comunes que rigen la materia”. Sobre este tema en particular, véase Grosman (2002, p. 123) y Lamberti y Viar (2008, pp. 277 y ss.).

víctimas como en agresores. Sin perjuicio de ello, se insiste con un sistema sancionatorio en el ámbito civil. Quienes lo sostienen, afirman que “la sanción ayuda a los autores a tomar conciencia de su responsabilidad, a deslegitimar el hecho considerado como ‘normal’. De esta manera, la pena puede ser vista con otra perspectiva; no como castigo, sino como un factor positivo para el cambio”. Se trata de imponer sanciones como las enunciadas, que evitan los efectos disgregantes de las penas privativas de la libertad, pero simbolizan una reparación o permiten modificar conductas (Grosman y Mesterman, 2005, p. 479).

El debate es complejo y, a mi juicio, no demasiado trascendente, pues en definitiva aun con la Ley 24.417, y por aplicación subsidiaria del régimen penal, los jueces se encontraban plenamente facultados –y de hecho lo hacían– de dar intervención a la justicia penal ante la posible comisión del delito de desobediencia.

Las intervenciones de este tipo se constatan en muy escasos supuestos porque, en general, las medidas protectorias dispuestas por la ley y ordenadas por los magistrados, logran por sí poner fin a los episodios de violencia (siempre que se cuente con la colaboración y empoderamiento de la propia víctima para sostenerlas).

De hecho, las medidas de protección son vivenciadas por los agresores como verdaderos castigos, aunque ésta no sea su finalidad. Estas medidas “tienen consecuencias en el accionar del agresor y en el campo de su subjetividad, permitiendo que el responsable subjetivice su acto ilícito y dé respuestas a la sociedad” (Mattiozzi, 2008, p. 200).

Podrá pensarse en otras medidas represivas, tales como trabajos comunitarios, multas, comunicación al empleador (esta última, a mi criterio, con sesgos estigmatizantes), etc., pero ello pondrá fin, en todo caso, a los episodios de violencia cometidos contra la propia denunciante (del mismo modo que lo harán las medidas protectorias), mas no modificará en modo alguno la patología violenta condicionada por múltiples factores que deberán ser trabajados en el marco de un tratamiento terapéutico, para evitar –como ya he dicho– que el agresor reitere su comportamiento con una nueva pareja.

Quizás por ello, la única medida “sancionatoria” eficaz de todas las mencionadas es, en mi opinión, la terapia bajo mandato. No dudo de que, en principio, la terapia debe ser el resultado de un consenso signado por la voluntariedad de quien accede a buscar ayuda, ya que el proceso terapéutico se basa en la comprensión y en la reflexión sobre los actos, y no en el castigo (*ibid.*, pp. 209-210). Pero cuando esta voluntariedad está ausente, la compulsión a realizar tratamiento puede ser también una alternativa eficaz.

Tradicionalmente, la expresión “terapia coactiva” se interpretó en la cultura psicológica como una contradicción de términos, subrayándose que el tratamiento presupone una demanda espontánea de ayuda, y una subyacente motivación que constituye, por así decirlo, el motor que impulsa al paciente hacia el cambio, y

que lo ayuda a superar inercias y resistencias de todo tipo. La coacción, por el contrario, podría a lo sumo inducir a un sujeto recalcitrante a tolerar servilmente una medida que no ha elegido, y que puede parecerle odiosa, desagradable o incomprensible. Y todo esto, con el sólo fin de evitar un mal peor, pero sin ninguna motivación auténtica hacia el cambio.

Sin embargo, esta postura tradicional se ha modificado en los últimos tiempos. Así, especialistas italianos como Cirillo y Di Blasio ven al decreto judicial como un instrumento eficaz para lograr llegar a este tipo de familias, en crisis agudas, que, por sus características, no piden ayuda directa. A partir del reclamo –metafórico– puede aparecer la motivación y colaboración auténtica. Estos terapeutas creen posible superar esta contradicción tan radical poniendo en cuestión la afirmación según la cual la ausencia de una demanda de ayuda indica siempre y, de todos modos, la ausencia de cualquier motivación para cambiar (Ahumada, 1995, pp. 160 y ss.).

En el caso de violencia familiar, es la naturaleza misma del problema la que hace que sea tan difícil –si no imposible– la formulación de una demanda de ayuda externa a la familia, aunque exista la voluntad de salir de esa situación, ya que esto equivale a tanto como autodenunciarse por haber violado, no sólo un tabú social profundamente arraigado, sino también una norma de conducta sancionada por la ley.

En este contexto, se ha dicho que:

la imposición judicial de tratamiento suele ser vivida, al menos en ciertos niveles de la personalidad, con intenso alivio. Sintiendo a merced de su propia agresividad defusionada, la puesta externa de límites concretos desnivela la ambivalencia y atenúa la compulsión, devolviendo al Yo una parte de su pérdida autonomía, que puede ser puesta al servicio de un compromiso terapéutico (Risso y Larraza, 2007, p. 13).

Ante ello, “el sistema jurídico positivo debe ofrecer incentivos concretos para aquellos núcleos familiares prisioneros de un trágico enredo de relaciones equivocadas, que desean encaminar su rehabilitación (Ahumada, 1995, p. 32).

El apoyo terapéutico, social e institucional

Cualquier intervención judicial en la familia es limitada temporalmente. Los casos que se cronifican no son más que un síntoma de la incapacidad, tanto de sus miembros como de los operadores, para buscar una solución que permita, a futuro, que esta familia encuentre por sí misma las herramientas o mecanismos para solucionar sus conflictos.

En materia de violencia doméstica, el límite o duración de la actividad jurisdiccional es uno de los problemas más arduos a resolver. Con posturas antagónicas, se encuentran, por un lado, quienes consideran que adoptadas las medidas protectorias y llevadas a cabo las evaluaciones interdisciplinarias pertinentes y, en su caso, la audiencia conjunta con las partes, el objeto del expediente ha sido agotado y, por otro lado, se encuentran quienes mantienen *sine dei* abiertas las actuaciones y transforman un proceso meramente protectorio en un juicio ordinario, desnaturalizando la finalidad de la legislación de violencia doméstica.

Quienes nos hallamos en una postura intermedia, consideramos que es difícil determinar, en términos generales, cuándo debe continuar el trámite judicial de la denuncia y cuándo debe archiversse. Ello depende de las características de cada caso. Lo cierto es que la Ley 24.417 no hace alusión alguna a este aspecto. Por el contrario, la Ley 26.485, dispone expresamente en el artículo 34 que “Durante el trámite de la causa, por el tiempo que se juzgue adecuado, el/la juez/a deberá controlar la eficacia de las medidas y decisiones adoptadas, ya sea a través de la comparecencia de las partes al tribunal, con la frecuencia que se ordene, y/o mediante la intervención del equipo interdisciplinario, quienes elaborarán informes periódicos acerca de la situación”.

La solución legal viene a plasmar lo que de hecho ocurre generalmente en los tribunales, donde se suelen cursar citaciones y realizar informes acerca de la evolución de la conflictiva familiar y la realización de tratamiento.

La actuación judicial tiene un límite y es saludable que esto sea así. El límite está dado, no sólo por el cese de los episodios de violencia, sino también por la constatación de que la persona denunciante ha logrado insertarse en un tratamiento terapéutico que le permite trabajar su padecimiento y que, además, ha logrado construir –si no la tenía con anterioridad– una red familiar o comunitaria que le brinde la contención necesaria para poder reaccionar positivamente ante el acaecimiento de un nuevo hecho violento. Así también, desde el lado del agresor, se busca su inclusión en grupos especializados para trabajar con hombres violentos.

El resultado de estas derivaciones terapéuticas depende de la situación económica de las partes involucradas, porque son escasos los recursos públicos con los que cuenta la ciudad de Buenos Aires para este tipo de problemáticas,⁹⁹ lo que implica la existencia de un cupo limitado de vacantes y la demora en la concesión de turnos para conseguir una primera entrevista. Estas restricciones y dilaciones atentan contra el tratamiento y la superación de un problema que demanda urgente

⁹⁹ Así, por ejemplo, en cuanto a la derivación de los varones violentos, debe destacarse el trabajo del programa “Grupo de autoayuda para hombres violentos” de la Dirección General de la Mujer del Gobierno de la ciudad de Buenos Aires, véase al respecto Mattiozi y Lamberti (2008, p. 335; 2009a; 2009).

contención, especialmente para evitar que las damnificadas retomen una relación con el agresor, situación que, se sabe, es muy frecuente.

Esto me lleva a reflexionar sobre otro de los aspectos ya mencionados, que resulta esencial para el sostén de la víctima de violencia doméstica: la construcción de una red. Más allá de la necesidad de ampliar los centros públicos de atención especializados en este tipo de problemáticas, el armado de una trama familiar, social, comunitaria e institucional (escolar, laboral, etc.) de apoyo, es de suma utilidad para evitar las famosas “recaídas” que suelen observarse en estos casos.

Así lo expresan varios especialistas en la materia. En este sentido, se ha observado que:

La intervención debe partir del reconocimiento de que las personas y las familias tienen recursos de afrontamiento, que de hecho ponen en juego en la mayor parte de las situaciones conflictivas que viven. Por lo tanto, es necesario reconocer que cuando acuden a una institución están en una situación de vulnerabilidad especial y, por ende, el objetivo de la intervención debería centrarse en la reactivación y el fortalecimiento de los recursos de que disponen o la generación de los mismos. En este último caso se requerirá la movilización de las redes institucionales (de diversa índole) a fin de que el proceso de transformación se consolide (Rubiano y otros, 2003, p. 252).

En la misma línea, señala Birgin que “La eficacia de la denuncia depende en gran medida de la contención afectiva en el momento de la denuncia y del apoyo familiar o social. La familia y las redes barriales o sociales constituyen el soporte emocional y material indispensable no sólo para efectuar la denuncia, sino para poder sostenerla. [...] En otro orden, son indispensables las redes de contención institucional” (Birgin, 1999).

Sin embargo, la ciudad de Buenos Aires cuenta con pocas redes de este tipo. De la investigación llevada a cabo por esta autora surge que

...Las entrevistadas percibieron tres tipos de instituciones con perfiles distintos y que tuvieron una intervención diferente antes de la formulación de la denuncia: la policía, los hospitales públicos y los centros de ayuda. El tipo de acción desempeñada por los actores de las dos primeras permite que las entrevistadas construyan una imagen de perfiles nítidos de cada una de ellas. En cambio, los centros de ayuda o prevención se presentan de manera desdibujada e imprecisa en el relato de las entrevistadas. Son nombrados y reconocidos como tales por un segmento minoritario de las denunciantes. Es decir, no son lugares ampliamente conocidos (*idem*).

La Ley 26.485 ha procurado fortalecer estas carencias –al menos a nivel normativo, aunque aún sin efectiva proyección en la realidad– señalando expresamente, en el artículo 10, que:

El Estado nacional deberá promover y fortalecer interinstitucionalmente a las distintas jurisdicciones para la creación e implementación de servicios integrales de asistencia a las mujeres que padecen violencia y a las personas que la ejercen, debiendo garantizar: [...] 3.- Programas de asistencia económica para el autovalimiento de la mujer. 4.- Programas de acompañantes comunitarios para el sostenimiento de la estrategia de autovalimiento de la mujer. 5.- Centros de día para el fortalecimiento integral de la mujer. 6.- Instancias de tránsito para la atención y albergue de las mujeres que padecen violencia en los casos en que la permanencia en su domicilio o residencia implique una amenaza inminente a su integridad física, psicológica o sexual, o la de su grupo familiar, debiendo estar orientada a la integración inmediata a su medio familiar, social y laboral. 7.- Programas de reeducación destinados a los hombres que ejercen violencia.

Las funciones de esta red son vastas, a saber: compañía social, apoyo emocional, guía cognitiva, regulación social, ayuda material y de servicios, acceso a nuevos contactos, etc. Por lo tanto, “el apoyo que brinda una red, es el grado en que las necesidades sociales de la persona se ven gratificadas a través de la interacción con otras personas” (Blanc, 2002, p. 35). En esta interacción, puede haber una o varias personas especialmente significativas que son percibidas por la víctima como “distintas”, debido a su estrecha vinculación y la gran significación que tienen en la decisión de romper con el circuito de violencia.

En este sentido, en casos de violencia familiar, Cárdenas habla del “protector”, es decir, aquella persona de confianza de la denunciante que se incorpora en el proceso, como paso intermedio para la construcción de una red social que posibilite el restablecimiento del autocuidado responsable (Cárdenas y Guevara, 1999, pp. 69 y ss.).¹⁰⁰ Esta figura ha sido receptada por algunas legislaciones locales (por ejemplo, la Ley 2.277 de La Pampa) y, finalmente, por la Ley 26.485, cuyo artículo 25 dispone “En toda instancia del proceso se admitirá la presencia de un/a acompañante como ayuda protectora *ad honorem*, siempre que la mujer que padece violencia lo solicite y con el único objeto de preservar la salud física y psicológica de la misma”.

En definitiva, el armado de una red de apoyo a la víctima de violencia familiar constituye una de las herramientas indispensables para sostenerla en su decisión de revertir el vínculo violento. Es también deber de los magistrados, en coo-

¹⁰⁰ Véase, también, Cárdenas (1999, pp. 217 y ss.).

peración con los profesionales de otras disciplinas que intervienen en el caso, trabajar con la denunciante para procurar un tramado familiar, social o institucional que le permita, a futuro, empoderarse para asumir plenamente el cuidado de sí misma.

4. Palabras finales

He procurado reflexionar en torno de la necesidad de examinar la problemática de la violencia en la pareja desde un abordaje integral e interdisciplinario, que considere la complejidad de factores que interactúan en este fenómeno, y en donde el enfoque de género constituye una herramienta esencial, aunque no la única, para comprender las causas que dan origen a la violencia contra la mujer. Desde esta perspectiva, he ponderado especialmente la actuación de los tribunales especializados en familia por sobre el sistema penal, que debe reservarse como mecanismo de *ultima ratio*, sólo frente a la comisión de hechos configurativos de delitos.

A más de diez años de su sanción, las estadísticas reseñadas a lo largo de este trabajo y la experiencia judicial dan cuenta de la eficacia de la Ley 24.417 de Protección Integral contra la Violencia Familiar (y las legislaciones locales dictadas en concordancia) en la intervención en familias signadas por una interacción violenta. La sanción de la Ley 26.485 (con las deficiencias ya explicitadas) ha venido a reforzar la protección de las mujeres víctimas de este flagelo, sumando, además, toda una serie de estrategias preventivas y medidas de apoyo a las denunciantes, cuya implementación se advierte aún escasa.

Es precisamente ésta la mayor deuda pendiente en Argentina en materia de tratamiento de la violencia doméstica. El primer paso ha sido dado con buenos resultados: el arbitrio de los mecanismos legales para dar lugar a una eficaz intervención judicial a efectos de poner un límite a los episodios de violencia. Pero un largo camino queda por recorrer, si se piensa que esta actuación judicial es sólo paliativa, frente a una situación ya consolidada y limitada en cuanto a las posibilidades de seguimiento de la problemática y de apoyo a la familia en crisis.

La formulación de políticas públicas, principalmente educativas, a todo nivel, es una de las estrategias indispensables para prevenir la violencia doméstica en todas sus manifestaciones. A su vez, la creación de redes de apoyo interinstitucionales e intersectoriales, así como la implementación de servicios jurídicos gratuitos eficaces y entendidos como un servicio público, constituyen medidas esenciales a los fines de empoderar a las víctimas –tanto cuando han tomado el valor para formular la denuncia, como cuando aún no se atreven a hacerlo–, y garantizarles una adecuada defensa de sus derechos.

Mucho queda por hacer. Tal como observaba Albert Einstein: “Es peligroso vivir en el mundo, no por culpa de quienes hacen el mal, sino por culpa de quienes miran y permiten que se haga”. No seamos pacíficos observadores.

BIBLIOGRAFÍA

- Ahumada, L. A. (1995). "Violencia familiar. Terapia por mandato: ¿se puede 'curar' en ausencia de demanda voluntaria de ayuda?", en *Revista Derecho de Familia* (9). Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot.
- Alday, M. A. y N. de Bratti (2008). "Violencia familiar: trabajo social y servicio de justicia", en S. Lamberti, A. Sánchez y J. P. Viar, (comps.), *Violencia familiar y abuso sexual* (3ª ed.). Buenos Aires, Argentina, Universidad de Buenos Aires.
- Amato, M. I. (2004). *La pericia psicológica en violencia familiar*. Buenos Aires, Argentina, La Rocca.
- Amorós, C. (2009). "Conceptualizar es politizar", en P. Laurenzo, M. L. Maqueda y A. Rubio (coords.), *Género, violencia y derecho*. Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto.
- _____ (2000). "Elogio de la vindicación", en A. Ruiz (comp.), *Identidad femenina y discurso jurídico*. Buenos Aires, Argentina, Biblos.
- Aón, L. C. (2008). "Una valoración de la Ley de Protección contra la violencia Familiar", en S. Lamberti, A. Sánchez y J. P. Viar (comps.), *Violencia familiar y abuso sexual* (3ª ed.). Buenos Aires, Argentina, Universidad de Buenos Aires.
- Ariès, P. y G. Duby (dirs.) (2005). *Historia de la vida privada*. Buenos Aires, Argentina, Taurus.
- Ariza, M. y O. de Olivera (2002), "Acerca de las familias y los hogares: estructura y dinámica", en C. Wainerman (comp.), *Familia, trabajo y género. Un mundo de nuevas relaciones*. Buenos Aires, Argentina, Fondo de Cultura Económica (FCE).
- Badinter, E. (1993). *XY La identidad masculina*. Madrid, España, Alianza.

- Basset, U. (2009). "Indeterminación de los sujetos activos y pasivos en las leyes de violencia familiar latinoamericanas", en *Revista La Ley*, B-1096.
- Benedek, T. (1994). "Estructura emocional de la familia", en E. Fromm, M. Horkheimer y otros, *La familia* (7ª ed.), Barcelona, España, Paidós.
- Benhabib, S. (1990). "El otro generalizado y el otro concreto: controversia Kohlberg-Gilligan y la teoría feminista", en S. Benhabib y D. Cornell (eds.), *Teoría feminista y teoría crítica*. Valencia, España, Alfons el Magnánim.
- Berardo, E., S. Greco y S. Vecchi (2003). "La mediación como recurso de intervenciones democratizadoras en las relaciones de poder: mediación y violencia familiar", en *Revista Derecho de Familia* (24). Buenos Aires, Argentina, LexisNexis/Abeledo Perrot.
- Bertelli, M. C. (1998). "La violencia familiar en el contexto social actual", en *Revista Asociación Argentina de Prevención contra la Violencia Familiar*. Buenos Aires, Argentina.
- Bidart Campos, G. (2000). *Tratado elemental de derecho constitucional argentino. Nueva edición ampliada y actualizada a 1999-2000*, tomo II (A). Buenos Aires, Ediar.
- _____ (1996). "El derecho a la tutela judicial efectiva en una señera sentencia de la Corte Suprema de Justicia", en *Revista La Ley*, E-580.
- _____ (1996a). "El acceso a la justicia, el proceso y la legitimación", en A. M. Morello (coord.), *La legitimación. Homenaje al Profesor Doctor Lino Enrique Palacio*. Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot.
- _____ (1996b). "Reflexiones constitucionales sobre el acceso a la justicia, el proceso y la legitimación", en O. A. Gozáini, *Derecho procesal constitucional*. Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-Culzoni.
- Birgin, H. (2009, 28 de mayo). "Algunos comentarios sobre la ley núm. 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres". Disponible en <www.eldial.com>.
- _____ y B. Kohen (2006). "El acceso a la justicia como un derecho", en H. Birgin y B. Kohen (comps.), *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*. Buenos Aires, Argentina, Biblos.
- _____ (2006a). "Justicia y género, una experiencia en la ciudad de Buenos Aires", en H. Birgin y B. Kohen (comps.), *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*. Buenos Aires, Argentina, Biblos.
- _____ y G. Pastorino (2005). "Violencia contra las mujeres", en ELA (Equipo Latinoamericano de Justicia y Género), *Informe sobre Género y Derechos Humanos. Vigencia y respeto de los derechos de las mujeres en Argentina, Equipo Latinoamericano de Justicia y Género*. Buenos Aires, Argentina, Biblos, pp. 291 y ss.

- _____ (2005). *Violencia familiar. Leyes de Violencia Familiar. ¿Una herramienta eficaz?* Buenos Aires, Argentina, Altamira.
- _____ (2003). “Darle poder a la ley: herramientas de acción ciudadanas. Acceso a la justicia”, en *Derechos universales. Realidades particulares. Reflexiones y herramientas para la concreción de los derechos humanos de mujeres, niños y niña*. Buenos Aires, Argentina, Unicef.
- _____ (1999). “Una investigación empírica: imagen y percepción de la Ley de Protección contra la Violencia Familiar (Ley 24.417)”, en *Revista Derecho de Familia* (14). Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot.
- Blanc, L. (2002). “Modelos de atención: trabajo en redes”, en AA.VV., *Violencia familiar. Un abordaje desde la interdisciplinariedad. Curso de perfeccionamiento multidisciplinario para egresados universitarios* (2ª ed.). Montevideo, editado por el Ministerio del Interior, Programa de Seguridad Ciudadana del Uruguay y por la Universidad de la República del Uruguay.
- Boldova Pasamar, M. A. y M. A. Rueda Martín (2003). “La violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar en el Código Penal español”, en *Revista de Derecho Penal. Número extraordinario. Delitos contra las personas. Doctrina y actualidad españolas*. Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-Culzoni.
- Braga Menéndez, M. (2003, 7 de octubre). “La violencia familiar. Análisis jurídico-social de un problema de actualidad”, en *Revista La Ley* (Suplemento Actualidad).
- Brofembrenner, U. (1987). *La ecología del desarrollo humano. Experimento de entornos naturales y diseñados* (1ª ed.). Buenos Aires, Argentina, Paidós.
- Burin, M. (2001). “Prevención de la violencia familiar”, en M. Burin y I. Meler, *Género y familia. Poder, amor y sexualidad en la construcción de la subjetividad*. Barcelona, España, Paidós.
- Butler, J. (2008). *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del ‘sexo’* (2ª ed.). Buenos Aires, Argentina, Paidós.
- _____ (1990). *El género en disputa*. Buenos Aires, Argentina, Paidós.
- Calcaterra, R. (1996, 16 de diciembre). “La metáfora mediación”, en M. I. Burs (coord.), *Revista La Ley* (Suplemento de Resolución de Conflictos).
- Cárdenas, E. J. (2008). “Violencia familiar. Para un mejor uso de una buena ley”, en *Revista La Ley*, 2008-C-964.
- _____ y D. H. Franco (2000). “En el mejor interés de los niños: mediación, violencia de pareja y juzgados de familia”, en *Revista Derecho de Familia* (17). Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot.
- _____ y L. Guevara (con la colaboración de M. Herrera) (1999). “Aporte para un nuevo ritual en los procesos de familia: el nombramiento del ‘protector’ en casos de violencia familiar”, *Revista Derecho de Familia* (14). Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot.

- _____ (1999). *Violencia en la pareja. Intervenciones para la paz desde la paz*. Buenos Aires, Argentina, Granica.
- _____ (1995). “Notas para una exégesis de la Ley 24.417”, en *Revista La Ley*, C-1139.
- _____ y I. B. Montes (1992). “Una mujer maltrata a sus hijos: audiencia en un Juzgado de Familia de la Ciudad de Buenos Aires”, en *Revista Derecho de Familia* (7). Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot.
- Carranza Casares, C. (1998). “Violencia en la familia y juzgados de familia. Trabajo exploratorio sobre la aplicación de la nueva ley de violencia familiar en los juzgados de familia de Capital Federal”, en *Revista Derecho de Familia* (12). Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot.
- Castro, A. y otros (1998). “Aplicación de la Ley 24.417 en los Juzgados de primera instancia con competencia en familia y asesorías de menores de la Capital Federal”, en *Revista Derecho de Familia* (12). Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot.
- Chechile, A. M. (2001). “Violencia familiar: Comentarios a la nueva ley de la Provincia de Buenos Aires 12.569”, en *Jurisprudencia Argentina* (JA), 2001-III-1070.
- Cifuentes, S. (1989). “El derecho a la intimidad”, en *El Dial*, 57-838.
- Cobo, R. (2009). “El género en las ciencias sociales”, en P. Laurenzo, M. Maqueda y A. Rubio (coords.), *Género, violencia y derecho*. Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto.
- Coria, C. (1990). “La división sexual del dinero y la sociedad conyugal”, en *Revista Derecho de Familia* (4). Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot.
- Daich, D. (2004). “Los procedimientos judiciales en los casos de violencia familiar”, en S. Tiscornia, *Burocracias y violencia. Estudios de antropología jurídica*. Buenos Aires, Argentina, Filosofía y Letras, UBA (Colección Antropología social).
- Di Lella, P. y P. Di Lella, (h) (2001) “La Ley de Protección contra la Violencia Familiar de la Provincia de Buenos Aires”, en *Jurisprudencia Argentina* (JA) 2001-II-1258.
- Ekmekdjian, M. A. (1997). *Manual de la Constitución Argentina*. Buenos Aires, Argentina, Depalma.
- ELA – Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (2009). *Violencia familiar. Aportes para la discusión de políticas públicas y acceso a la justicia*. Buenos Aires, Argentina, ELA.
- Escalante Barboza, K. y P. Solano Castillo (2001). “Violencia doméstica y conciliación: un problema suprajurídico”, en *Revista de la Asociación Costarricense de Medicina Forense*, 18(2). Disponible en <www.scielo.sa.cr/scielo.php>.
- Escobal, A. (2002). “Psicología y violencia intrafamiliar: ‘Aspectos a considerar ante una demanda de atención’”, en AAVV., *Violencia familiar. Un abordaje desde la interdisciplinariedad. Curso de perfeccionamiento multidisciplinario para egresados universitarios*, 2ª ed., Montevideo, editado por el Ministerio del Interior, Programa de Seguridad Ciudadana del Uruguay y por la Universidad de la República del Uruguay.

- Famá, M. V. (2006). "Abordaje penal de la violencia familiar: una revisión crítica", en *Revista Derecho de Familia* (RDF), (33). Buenos Aires, Argentina, LexisNexis/Abeledo Perrot.
- Felibert, M. P. (2009). *¿Mediar o no mediar en casos de violencia familiar? Análisis según la Ley de Violencia Familiar vigente en la provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot, 3-256.
- Fernández Valle, M. (2006). "El acceso a la justicia de los sectores en desventaja económica y social", en H. Birgin y B. Kohen (comps.), *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*. Buenos Aires, Argentina, Biblos.
- Ferrero, G. (2001). "Las representaciones del género en los libros de lectura destinados a la E. G. B. (Observaciones sobre un currículum oculto)", en M. T. Dalmasso (comp.), *Figuras de mujer. Género y discurso social*. Buenos Aires, Argentina, Centro de Estudios Avanzados.
- Fried Schnitman, D. y J. Schnitman (2005). "Nuevos paradigmas, comunicación y resolución de conflictos", en P. Aréchaga, F. Brandoni y M. Risolia (comps.), *Revista La Trama de papel. Sobre el proceso de mediación, los conflictos y la mediación penal*. Buenos Aires, Argentina, Galerna.
- Gallego, J. P. (2007). *Niñez maltratada y violencia de género*. Buenos Aires, Argentina, Ad-Hoc.
- Galli Fiant, M. M. (2005). "Medidas cautelares en procesos de familia", en J. W. Peyrano, *Tratado de las Medidas Cautelares* (tomo 5). Santa Fe, Argentina, Editorial Jurídica Panamericana.
- Gamba, S. B. (2009). "Estudios de género/ Perspectivas de género", en S. B. Gamba (coord.), *Diccionario de estudios de género y feminismos*, 2ª ed. Buenos Aires, Argentina, Biblos.
- García de Ghigliano, S. S., A. Acquaviva, T. Nolli y S. Fulles (2005). "Algunas conclusiones acerca de la denuncia por violencia familiar (Ley 24.417)", en *Revista Derecho de Familia* (RDF), (31). Buenos Aires, Argentina, LexisNexis/Abeledo Perrot.
- García Méndez, E. (1987). "La violencia doméstica y el sistema de la justicia penal: pautas para un Derecho Penal mínimo", en R. Nuñez (dir.), *Revista Doctrina Penal. Teoría y Práctica de las Ciencias Penales. Revista trimestral*. Buenos Aires, Argentina, Linorap.
- Garrote, N. R. (2003). "Controversias y desencuentros en el abordaje interdisciplinario e interinstitucional de la violencia familiar", en *Revista Derecho de Familia* (RDF), (24). Buenos Aires, Argentina, LexisNexis/Abeledo Perrot.
- Gherardi, N. (2006). "Notas sobre acceso a la justicia y servicios jurídicos gratuitos en experiencias comparadas: ¿un espacio de asistencia posible para las muje-

- res?”, en H. Birgin y B. Kohen (comps.), *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*. Buenos Aires, Argentina, Biblos.
- Gianella, C. y S. Curi (2002). “Mediación y violencia familiar en el contexto judicial”, en *elDial*, DC1B7. Disponible en <www.eldial.com>.
- Gil Domínguez, A. y M. Herrera (2006). *Derecho constitucional de familia* (tomo I). Buenos Aires, Argentina, Ediar.
- (2004) “‘Los de afuera no son de palo’. Legitimación activa y obligación de denunciar en la Ley 24.417 de ‘Protección contra la Violencia Familiar’”. Disponible en <www.eldial.com>, 15/04/2004.
- Gozaíni, O. V. (1996). *Derecho procesal constitucional*. Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-Culzoni.
- Grosman, C. P. y S. Mesterman (2005). *Violencia en la familia. La relación de pareja. Aspectos sociales, psicológicos y jurídicos*, 3ª ed. act. y amp., Universidad, Buenos Aires.
- (2005). “Balance de la Ley 24.417: los logros alcanzados y las reformas necesarias”, en H. Birgin (edit.), *Violencia familiar. Leyes de Violencia Familiar. ¿Una herramienta eficaz?* Buenos Aires, Argentina, Altamira.
- (2002). “Responsabilidad civil y violencia en la familia”, en *Revista Derecho de Familia* (RDF), (20). Buenos Aires, Argentina, LexisNexis/Abeledo Perrot.
- (2002a). “Una investigación exploratoria sobre violencia familiar y maltrato infantil. Primera parte: violencia en la relación de pareja”. *Revista Derecho de Familia* (RDF), (24). Buenos Aires, Argentina: LexisNexis/AbeledoPerrot.
- e I. Martínez Alcorta (1995). “Una ley a mitad del camino. La ley de protección contra la violencia familiar”, en *Revista La Ley*, 1995-B-851.
- , S. Mesterman y M. T. Adamo (1989). *Violencia en la familia. La relación de pareja. Aspectos sociales, psicológicos y jurídicos*. Buenos Aires, Argentina, Universidad.
- (1994). “Violencia en la relación marital. Características, prevención y tratamiento institucional”, en *ED*, 118-674.
- Halperín, P. y O. Acha (2000). “Historia de las mujeres e historia de género”, en P. Halperín y O. Acha (comps.), *Cuerpos, géneros e identidades. Estudios de historia de género en Argentina*. Buenos Aires, Argentina, Ediciones del Signo.
- Higthon, E. I. y G. S. Álvarez (1995). *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires, Argentina, Ad-Hoc.
- Hirigoyen, M. F. (2008). *Mujeres maltratadas. Los mecanismos de la violencia en la pareja*, Buenos Aires, Argentina, Paidós.
- Ilundain, M. y G. Tapia (1998). “Mediación y violencia familiar”, en *Revista Derecho de Familia* (RDF), (12). Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot.

- Izquierdo, M. J. (1998). “Los órdenes de la violencia: especie, sexo y género”, en V. Fisas (dir.), *El sexo de la violencia. Género y cultura de la violencia*. Barcelona, España, Icaroa.
- Jelin, E. (2009). “La familia en Argentina: trayectorias históricas y realidades contemporáneas”, en A. Kemelmajer de Carlucci (dir.), M. Herrera (coord.), *La familia en el nuevo derecho. Libro homenaje a la Profesora Dra. Cecilia P. Grosman*. Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-Culzoni.
- (1998). *Pan y afectos. La transformación de las familias*. Buenos Aires, Argentina, FCE.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (1998). “La medida autosatisfactiva, instrumento eficaz para mitigar los efectos de la violencia intrafamiliar”, en *Jurisprudencia Argentina* (JA), 1998-III-693.
- (dir.), (2007) *Protección contra la Violencia Familiar. Ley 24.417*. (Comentario al artículo 4o. de la Ley 24.417). Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-Culzoni.
- Kotliar, G. (1996). “Algunos aspectos psicológicos del quehacer del mediador”, en R. A. Bianchi (coord.), *Mediación prejudicial y conciliación*. Buenos Aires, Argentina, Zavalía.
- Kraut, A. J. (1988). “Tratamiento psiquiátrico y secreto profesional. (artículo 1.071 bis del Código Civil)”, en *Revista La Ley*, 1988-C-753.
- Lamberti, S. y A. Sánchez (2008). “Régimen jurídico de la violencia familiar. El sistema de la Ley 24.417 y su decreto reglamentario 235/96”, en S. Lamberti y A. Sánchez y Viar (comps.), *Violencia familiar y abuso sexual*, 3ª ed. Buenos Aires, Argentina, Universidad.
- y J. P. M. Viar (2008). *Violencia familiar. Sistemas jurídicos*, Buenos Aires, Universidad.
- (2000) “Violencia familiar. Violencia de género (aplicación de la Ley 24.417, de protección contra la violencia familiar y de la Ley 24.632, convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer [Convención de Belém do Pará]”, en *Jurisprudencia Argentina* (JA) 2000-III-376.
- Larrandart, L. (2000). “Control social, derecho penal y género”, en H. Birgin (comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*. Buenos Aires, Argentina, Biblos.
- Larrauri, E. (2009). “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia... y algunas respuestas del feminismo oficial”, en P. Laurenzo, M. L. Maqueda y A. Rubio (coords.), *Género, violencia y derecho*. Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto.
- (2007). *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid, España, Trotta.

- Laurenzo, P. (2009). "La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo", en P. Laurenzo, M. L. Maqueda y A. Rubio (coords.), *Género, violencia y derecho*. Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto.
- Lemaitre, J. (2008). "Violencia", en AA.VV., C. Motta y M. Sáez (eds. academs.), *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*. Bogotá, Colombia, Siglo del Hombre Editores.
- Lloveras, N. y L. Cantore (2006). "La violencia intrafamiliar como un asunto de reingeniería organizacional del Estado", en *Jurisprudencia Argentina* (JA) 2006-III-861.
- _____ (2006a). "Un comentario a la Ley argentina 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar", en A. Kemelmajer de Carlucci y L. B. Pérez Gallardo (coords.), *Nuevos perfiles del derecho de familia*, Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-Culzoni.
- _____ (1999). "Violencia familiar", en *Jurisprudencia Argentina* (JA) 1999-I-874.
- Maqueda, M. L. (2009). "¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres. Algunas respuestas desde el discurso feminista crítico", en P. Laurenzo, M. L. Maqueda y A. Rubio (coords.), *Género, violencia y derecho*. Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto.
- Mattiozzi, R. y S. Lamberti (2009). "Práctica jurídica en violencia masculina intrafamiliar. Los diagnósticos especializados", en *Revista La Ley*, Sup. Act. 05/05/2009.
- _____ (2009a) "Práctica jurídica en violencia masculina intrafamiliar", en *Revista La Ley*, Sup. Act. 12/02/2009.
- _____ (2008) "Violencia masculina: un abordaje institucional", en S. Lamberti, Sánchez y Viar (comps.), *Violencia Familiar y abuso sexual*, 3ª ed. Buenos Aires, Argentina, Universidad.
- _____ (con la colaboración de Lamberti, S.) (2008). "El castigo al agresor", en S. Lamberti, S. y J. P. M. Viar, *Violencia familiar. Sistemas jurídicos*. Buenos Aires, Argentina, Universidad.
- Medina, G. (2003). "Violencia familiar en la provincia de Buenos Aires", en *Revista Derecho de Familia* (RDF) (24). Buenos Aires, Argentina, LexisNexis/Abeledo Perrot.
- _____ (2002). *Visión jurisprudencial de la violencia familiar*. Buenos Aires, Argentina, Rubinzal - Culzoni.
- Minuchin, S. (1999). *Familias y terapia familiar*. Barcelona, España, Gedisa.
- Minyersky, N. y S. S. Paz, (2001). "Violencia intrafamiliar", en J. C. Fugaretta y E. Romano (comps.). *Nuevas perspectivas interdisciplinarias en violencia familiar*. Buenos Aires, Argentina, Ad-Hoc.
- Molina, A. C. (2003). "La violencia familiar ante un juez y un proceso que ayudan a superarla", en *Revista Derecho de Familia* (RDF), (24). Buenos Aires, Argentina, LexisNexis/Abeledo Perrot.

- Moore, C. W. (1995). *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*. Barcelona, España, Granica.
- Morillas Fernández, D. L. (2003). *Análisis criminológico del delito de violencia doméstica*. Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz.
- Munilla Lacaza, H. (2005). "Secreto médico: el alcance de la 'justa causa'", en *Revista La Ley*, 2005-F-422.
- Núñez, R. C. (1980). "Violación de secreto profesional y denuncia de aborto", en *Revista La Ley*, 1980-D-473.
- Oficina de Violencia Doméstica (CSJN) / Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional (2009). *Revista Y considerando...*, año 13, núm. 85, mayo 2009.
- Olsen, F. (2000) "El sexo del derecho", en A. Ruiz (comp.), *Identidad femenina y discurso jurídico*. Buenos Aires, Argentina, Biblos.
- Osborne, R. (2009). "'El poder del amor' (o las formas sutiles de dominación patriarcal)", en P. Laurenzo, M. L. Maqueda y A. Rubio (coords.), *Género, violencia y derecho*. Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto.
- Pastorino, G. L. (1996) "Violencia doméstica y mediación", en *Revista Derecho de Familia* (RDF), (10). Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot.
- Parkinson, L. (2005). *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*. Barcelona, España, Gedisa.
- Perrone, R. y M. Nannini (2007). *Violencia y abusos sexuales en la familia. Una visión sistémica de las conductas sociales. Nueva edición ampliada y actualizada*, 2ª ed. Buenos Aires, Argentina, Paidós (Terapia Familiar).
- Peyrano, J. W. (1998). "Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas", en *Revista La Ley*, 1998-A-968.
- _____ (1996) "Informe sobre las medidas autosatisfactivas", en *Revista La Ley*, 1996-A-99.
- _____ (1995) "Lo urgente y lo cautelar", en *Jurisprudencia Argentina* (JA), 1995-I-325.
- Rioseco Ortega, L. (1999). "Mediación en casos de violencia doméstica", en A. Facia y L. Fries (eds.), *Género y derecho*. La Morada, Santiago de Chile, LOM ediciones.
- Risso, R. E. y R. B. Larraza (2007). "Las psicoterapias por coacción judicial", en AA.VV., *Comprender las psicoterapias*. Buenos Aires, Argentina, Ricardo Vergara Ediciones.
- Rivello, B. (2001). "Trabajo social con familias en el ámbito de la justicia", en C. Fugaretta y E. Romano (comps.), *Nuevas perspectivas interdisciplinarias en violencia familiar*. Buenos Aires, Argetina, Ad-Hoc.
- Rosatti, H. D. (1984). *El derecho a la jurisdicción antes del proceso*. Buenos Aires, Argentina, Depalma.

- Roudinesco, E. (2003). *La familia en desorden*. Buenos Aires, Argentina, FCE.
- Rubiano, N., A. Hernández, C. Molina y M. Gutierrez (2003). *Conflicto y Violencia intrafamiliar*. Alcaldía Mayor de Bogotá, D. C., Bogotá; Colombia, Universidad Externado de Colombia. Facultad de Ciencias Sociales y Humanas.
- Sagües, M. S. (2002). *La tutela judicial efectiva en el marco del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Buenos Aires, Argentina, Zeus, (Colección Jurisprudencial).
- Sherman, I. A. y E. Morano (2002). "Violencia familiar. La aplicación de la Ley 12.569. La crisis económica", en *Revista Derecho de Familia (RDF)*, (22). Buenos Aires, Argentina, LexisNexis/Abeledo Perrot.
- Soler, S. (1998). *Derecho penal argentino* (tomo IV). Buenos Aires, Argentina, Astrea.
- Sosa, T. E. (2005). "Medidas pre o subcautelares en materia de violencia familiar", en *Revista La Ley*, 25/04/2005.
- Stoller, R. (1968). *Sex and gender*. Nueva York, EUA, Science House.
- Striebeck, F. (2002). "Breves reflexiones en torno a la ley de violencia familiar de la provincia de Buenos Aires", en *Jurisprudencia Argentina (JA)* 2002-I-1242.
- Suares, M. (2003). *Mediando en sistemas familiares*. Buenos Aires, Argentina, Paidós.
- Tagle de Ferreyra, G. y S. B. Palacio de Caeiro (2006). "A meses de la puesta en vigencia de la Ley de Violencia Familiar n. 9.283", en *LNC*, 2006-6-549.
- (1996). "Acceso a la Justicia", en G. Carranza (dir.), *Foro de Córdoba*, año VI (31), Córdoba.
- Tuebal, R. (2001). "Abordando la violencia: reflexiones y pautas para una intervención mínima", en R. Tuebal y colaboradoras, *Violencia familiar, trabajo social e instituciones*. Buenos Aires, Argentina, Paidós.
- Todarello, G. A. (2008). "El secreto profesional como instrumento garantizador del derecho constitucional a la intimidad", en *Revista La Ley*, 2008-D-569.
- Torrado, S. (2003). *Historia de la familia en la Argentina moderna (1870-2000)*. Buenos Aires, Argentina, Ediciones de la Flor.
- Vázquez González, C. y P. Luaces (2006). "La respuesta del derecho penal español ante la violencia doméstica", en *Revista Derecho de Familia (RDF)*, (33). Buenos Aires, Argentina, LexisNexis/Abeledo Perrot.
- Velázquez, S. (2009). "Violencia de género", en S. B. Gamba (coord.), *Diccionario de estudios de género y feminismos*, 2ª ed. Buenos Aires, Argentina, Biblos.
- Verdaguer, A. y L. Rodríguez Prada (1997). "La Ley 24.417 de protección contra la violencia familiar como 'proceso urgente'", en *Jurisprudencia Argentina (JA)* 1997-I-833.
- Villaverde, M. S. (2006). "Régimen jurídico de la violencia familiar en la provincia de Buenos Aires", en *LNBA*, 2006, p. 401.

- _____ (2006a). “Ley Maria da Penha’. Brasil adopta una ley específica para prevenir, investigar y sancionar la violencia doméstica y familiar contra la mujer”, en *Jurisprudencia Argentina* (JA), 2006-IV-864.
- Wainerman, C. (2002). “Padres y maridos. Los varones en la familia”, en C. Wainerman (comp.), *Familia, trabajo y género. Un mundo de nuevas relaciones*. Buenos Aires, Argentina, FCE.
- _____ (2002a). “La reestructuración de las fronteras de género”, en C. Wainerman (comp.), *Familia, trabajo y género. Un mundo de nuevas relaciones*. Buenos Aires, Argentina, FCE.
- _____ (2002b). “Familia y trabajo en la crisis”, en *Revista Derecho de Familia* (RDF), (22). Buenos Aires, Argentina, AbeledoPerrot.
- Weinstein, S. (1999). “Apuntes sobre la violencia cotidiana”, en AA.VV., *La mujer ausente. Derechos humanos en el mundo*. Santiago de Chile, Isis Internacional.
- Wagmaister, A. M. y J. M. Bekerman (1999). “Mediación en casos de violencia familiar”, en *Jurisprudencia Argentina* (JA) 1999-IV-841.

VIOLENCIA DE GÉNERO EN ESPAÑA. TRES AÑOS DESPUÉS DE LA LO 1/2004 DE 28 DE DICIEMBRE DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Elena Larrauri

1. Antecedentes

El delito de “violencia doméstica” se introdujo en España en 1989. Evidentemente, antes no estaba permitido pegar a la mujer, pero es notorio que debido a que el resultado lesivo en estos casos puede ser poco grave (por ejemplo, empujones, arañazos o golpes) ello implicaba que este comportamiento, aun cuando se realizara en numerosas ocasiones, era frecuentemente calificado como una falta correspondiéndole generalmente una pena de multa.

Evolución legislativa

La creación de un delito de violencia doméstica específico pretende castigar a quien *habitualmente* pegue a su cónyuge, quien además de por este delito puede ser castigado por el concreto resultado lesivo producido mediante un delito de lesiones.

Desde la introducción específica del delito de violencia doméstica en 1989 en el Código Penal (CP) éste ha sido reformado en diversas ocasiones produciéndose las siguientes modificaciones del sistema de penas.¹

¹ Explicaciones más exhaustivas de la evolución legislativa pueden leerse en Boldova-Rueda (2004; 2006); Boix-Martínez (2005); C.G.P.J. (2005); Iñigo (2005); Laurenzo (2005); Corcoy (2006); Faraldo (2006); Maqueda (2006); Queralt (2006).

Tabla 1. *Evolución legislativa*²

	<i>Maltrato</i>	<i>Violencia habitual</i>
1989	Falta: artículo 582 1 a 30 días de arresto menor	Delito: artículo 425 (violencia física) 1 a 6 meses de prisión
1995	Falta: artículo 617 3 a 6 AFS* o Multa de 1 a 2 meses	Delito: artículo 153 (violencia física) 6 meses a 3 años de prisión
1999 (LO 14/)	Falta: art.617 3 a 6 AFS o Multa de 1 a 2 meses	Delito: artículo 153 (violencia física y psíquica) 6 meses a 3 años de prisión
2003 (LO 11/)	Delito: art.153 3 meses a 1 año de prisión o TBC** de 31 a 80 días	Delito: artículo 173.2 6 meses a 3 años de prisión
2004 (LO 1/)	Delito: art.153.1 6 meses a 1 año de prisión o TBC de 31 a 80 días	Delito: artículo 173.2 6 meses a 3 años de prisión

* Arresto Fin de Semana.

** Trabajo en Beneficio de la Comunidad.

Fuente: elaboración propia.

El CP de 1995 se limitó a elevar las penas, pero no alteró sustancialmente la regulación que sigue contemplando la violencia ocasional como falta, y la violencia habitual como delito.

Lo mismo sucede con la reforma de 1999 que si bien introduce la violencia psíquica y permite castigar al ex cónyuge, por lo que respecta al sistema de castigos no produce grandes variaciones.

En 2003 (LO 11/2003 del 29 de septiembre) se produjo el mayor cambio: las faltas de lesiones (maltrato de obra que sana por el mero transcurso del tiempo o una lesión que requiere una primera asistencia facultativa) pasan a ser delito de *violencia ocasional* (del artículo 153), siempre que se dirijan contra un miembro de la unidad familiar (que además se ve ampliada a hermanos, a cualquier persona integrada en el núcleo de convivencia familiar e incluso a ancianos asistidos en centros públicos).

Por otro lado, se mantiene y separa el delito de ejercer habitualmente violencia a un miembro de la familia, *violencia habitual*, (artículo 173.2) y se ubica en otro Tí-

² En negrita se destacan los cambios legislativos más relevantes por lo que se refiere al sistema de penas.

tulo del CP para evidenciar que en estos casos se afecta a un bien jurídico distinto al de la integridad física denominado “integridad moral”.

Debido a que en el artículo 153 el fundamento de la agravación ya no es “la habitualidad”, y al cobijo de diversas sentencias del Tribunal Supremo³ que habían afirmado que en los casos de violencia contra un miembro de la familia el bien jurídico es más complejo que la integridad física y abarca aspectos como la seguridad, dignidad, configurando un nuevo bien jurídico (“paz familiar”), el *fundamento de la agravación*, el por qué un resultado leve de lesión se considera delito, pasa a ser la mayor protección del “*ámbito familiar*”.

De este modo, a partir de 2003 el delito de violencia doméstica se contiene en dos tipos penales: en el artículo 153 si el maltrato es ocasional (Título III, De las lesiones) y en el artículo 173 si la violencia es habitual (Título VII, De las torturas y otros delitos contra la integridad moral).

La LO 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante Ley Integral), cuya regulación penal entró en vigor el 29 de junio de 2005, mantuvo sustancialmente la misma estructura, con un matiz importante. Al artículo 153 le añadió una ulterior agravación de la pena si el maltrato se dirige contra la *mujer pareja* o persona especialmente vulnerable. Ello ocasionó la necesidad de *fundamentar esta ulterior agravación* que, de forma breve, puede decirse se debate entre la mayor vulnerabilidad de la mujer pareja y la existencia de un ánimo de discriminar.

Se reproduce a efectos de facilitar el seguimiento de la exposición el artículo 153:

El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpearle o maltratarse de obra a otro sin causarle lesión, *cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días...*

En tanto que el segundo párrafo preceptúa lo siguiente:

Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la *pena de prisión de*

³ Por ejemplo, STS 24/6/2000; RJ 2000/5792.

tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días...

Este razonamiento es también utilizado para explicar por qué la Ley Integral eleva a delito las amenazas leves (artículo 171.4) y las coacciones leves (artículo 172.2), y agrava la pena del delito de lesiones (artículo 148), si se realizan sobre mujer pareja o persona especialmente vulnerable.

Concepto legal de la violencia de género

En España, hasta la sanción de la Ley Integral se consideraba como violencia de género sólo los comportamientos previstos en el artículo 153 (violencia ocasional) y 173.2 (violencia habitual).

Producto de la Ley Integral, nos encontramos con una definición legal de violencia de género. Así sólo se concibe como violencia de género (Roig, 2006):

- la que hace el hombre
- respecto de su mujer pareja⁴
- las conductas respecto de las cuales se atribuye la competencia a los Jueces de Violencia sobre la Mujer (JVM) que son de acuerdo al artículo 44.1 de la Ley Integral que modifica el artículo 87 ter (de la LO 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial):

(a) los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación y (b) cualquier delito contra los derechos y deberes familiares.

Entiende Lorenzo (2006, nota 49) que la Ley Integral no peca de falta de taxatividad respecto qué delitos constituyen violencia de género, como le reprocha Elena Iñigo (2005). No sé si la falta de taxatividad es el defecto que se le puede atribuir a la Ley Integral pero a la vista de las discusiones que surgen parece evidente que el tema no está absolutamente resuelto por la citada ley.⁵

⁴ Los Jueces de Violencia sobre la Mujer sólo tienen competencia respecto de los actos de violencia sobre los menores si se ha producido también un acto de violencia de género.

⁵ Además de las polémicas respecto de qué comportamientos constituyen “violencia de género”, una ulterior discusión se centra en cuándo existe una relación de pareja, lo cual en determinados su-

Las polémicas se refieren, por un lado, a los delitos contra los derechos y deberes familiares, pues éstos sólo tienen como víctima a menores, excepto el impago de pensiones. Sin embargo, la dificultad para concebir el delito de impago de pensiones como un delito de violencia de género es la falta de violencia o intimidación, por lo que este delito, a pesar del tenor literal de la Ley Integral, se excluye del concepto de violencia de género y en consecuencia de la competencia de los Jueces de Violencia sobre la Mujer (Roig, 2006; CGPJ, 2008a).

En otras ocasiones se discute acerca del significado presente en la Ley Integral que concibe como violencia de género, además de los enumerados “cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación”.

No obstante esta declaración, diversas autoras (Laurenzo, 2006, p. 362; Roig, 2006, p. 123) excluyen los delitos patrimoniales (por ejemplo, robo violento) por considerar que “no están condicionados por esa relación sentimental”.

A mi juicio estas polémicas reflejan la dificultad de concebir la violencia económica como un comportamiento coactivo por el cual se ejerce violencia de género contra la mujer pareja; así por ejemplo, no es infrecuente que en las separaciones se produzcan actos de expolio⁶ y ello es una forma de ejercer el control y la dominación.

De todos modos y a salvo de futuras discusiones, actualmente se concluye en base a la interpretación del artículo 1 (apartado tercero) de la Ley Integral que sólo es violencia de género la violencia física y psicológica, la libertad sexual, las amenazas, coacciones o privación de libertad ejercidas contra la mujer por su pareja masculina.

Las consecuencias de que un comportamiento sea catalogado como “violencia de género”, además de determinar la competencia específica de los Jueces de Violencia sobre la Mujer,⁷ afecta a la posibilidad de aplicar unos tipos penales (generalmente agravados) u otros, a la obligatoriedad de aplicar determinadas reglas de conducta en el caso de suspensión o sustitución de una pena de prisión, y a la obligatoriedad de imponer algunas penas accesorias. Añade a ello Gómez Villora (2008, p. 120) que la prohibición de mediación establecida en la LO 1/2004 se refiere exclusivamente a los delitos calificados como “violencia de género”.

puestos, como por ejemplo relaciones de noviazgo, puede resultar muy controvertido. Véase un análisis ilustrador en Gómez Villora, 2007.

⁶ O piénsese en el delito de daños que se produce en ocasiones con motivo de los actos violentos.

⁷ Puede existir, también, competencia específica de los JVM aun cuando el comportamiento no sea catalogado como violencia de género. El ejemplo más frecuente es el delito de quebrantamiento de condena. En estos casos, por los criterios de conexidad establecidos por el artículo 17bis LECrim (introducido por artículo 60 LO 1/2004), el JVM es competente también para conocer de este delito (CGPJ, 2008a).

2. Las penas de la violencia de género

La Ley Integral ha ocasionado diversos debates acerca de la necesidad del incremento de las penas que se ha ido produciendo en los delitos de violencia doméstica, acerca de la conveniencia de la detención policial en todos los casos, de la creación de Juzgados especializados de Violencia contra la Mujer, o de los juicios rápidos para los delitos de violencia de género.

De todas estas polémicas quizás la que más debate ha ocasionado ha sido la constitucionalidad de castigar con una pena más grave al hombre que agrede a su mujer que las agresiones que realice la mujer contra su pareja. A continuación reseñaré brevemente este debate.

El debate acerca de la igualdad de las penas

Una de las críticas más recurrentes contra la Ley Integral es que “por los mismos hechos se imponen distintas penas”, por lo que se considera que el artículo 153.1 infringe el principio de igualdad.

En la actualidad ya se ha pronunciado la STC 59/2008 de 14 de mayo afirmando la constitucionalidad de la diferencia de penas.⁸

El Tribunal Constitucional se plantea la compatibilidad del artículo 153.1 con el principio de igualdad general del artículo 14.1 de la Constitución de España y no con la prohibición de discriminación contenida en el artículo 14.2, porque el motivo exclusivo de la diferenciación no es el sexo, sino el ámbito relacional en el que se producen las agresiones (en este sentido también STC 76/2008 del 3 de julio).

A su juicio, el principio de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución no implica una prohibición de diferenciación, sino que es compatible con el trato diferenciado cuando: a) la diferencia jurídica persigue un fin legítimo y b) las consecuencias de la diferencia no son desproporcionadas.

A continuación, el Tribunal Constitucional expone por qué a su juicio en este caso la diferencia está justificada. Y en resumen defiende que la distinta penalidad –el trato diferenciado– está justificada debido a las “altísimas cifras en torno a la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente

⁸ He comentado esta sentencia en Larrauri (2009). Posteriormente, el Tribunal Constitucional (TC) se ha pronunciado también en STC 45/2009 del 19/2, acerca del delito de amenazas contenido en el artículo 171.4, STC 127/2009 del 26/5, acerca del delito de coacciones del artículo 172.2, STC 177/2009, STC 178/2009 y 179/2009 del 21/7, acerca del delito de amenazas contenido en el artículo 171.4 y 5 del código penal. No obstante, todas estas últimas sentencias se remiten al razonamiento contenido en la primera.

a la persona que es o fue su pareja” (por tanto, *finalidad legítima* de la diferencia por motivos de prevención de los comportamientos agresivos).

Debe recordarse que la posibilidad de prevenir comportamientos mediante la pena de prisión es uno de los motivos frecuentemente esgrimidos para justificar la tipificación de determinadas conductas, y que el Tribunal Constitucional ha admitido que, en efecto, una mayor pena produce mayores efectos preventivos (por ejemplo al razonar sobre por qué la negativa a someterse a la prueba de alcoholemia debía ser, además de infracción administrativa, un comportamiento delictivo. STC 161/1997 del 2 de octubre). Al margen de que ello sea cuestionable, esta afirmación de la capacidad preventiva de la pena de prisión ha sido generalmente aceptada, por lo que resulta curioso que ahora sea objeto de tanta controversia.

Una vez confirmada la existencia de una finalidad legítima, el Tribunal Constitucional (TC) procede a examinar si las consecuencias de esta diferenciación jurídica son *desproporcionadas*.⁹ En este caso la argumentación del Tribunal Constitucional es más sumaria y afirma en síntesis que el desequilibrio “no es patente y excesivo o irrazonable”, puesto que la diferencia se produce: i) sólo en el mínimo de la pena; ii) hay una pena alternativa de trabajo en beneficio a la comunidad que es idéntica en ambos casos; iii) en el supuesto de circunstancias excepcionales la pena puede rebajarse un grado acudiendo al artículo 153.4.

Finalmente, el Tribunal Constitucional se formula la siguiente pregunta: admitiendo que las víctimas en las relaciones de pareja son en su mayoría mujeres, ¿qué motivo hay para *restringir* el mayor castigo sólo al hombre? El Tribunal podría haber contestado: “No se castiga sólo al hombre”; pues que el mayor castigo se restrinja sólo al hombre es apenas una posible interpretación de la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género, pero una determinada lectura del artículo 1o. de la Ley Integral y el peso de las tradiciones culturales han llevado a la interpretación mayoritaria de que el autor sólo puede ser un hombre.

Esta restricción al sujeto activo hombre es sin duda el aspecto que mayores controversias desata, puesto que la doctrina penal acostumbra a diferenciar un derecho penal de víctimas que se advierte legítimo (esto es, penas más graves en atención a grupos de víctimas más vulnerables), de un derecho penal de autor (que

⁹ El TC no se detiene extensamente en el examen del requisito de la necesidad, esto es, si una alternativa no diferenciadora conseguiría el mismo resultado. El TC se interroga: ¿no sería incluso acaso mayor el efecto preventivo si incluimos a más sujetos activos potenciales en el ámbito del delito? Finalmente su respuesta aporta dos argumentos: “la prevención de las conductas de los sujetos añadidos no necesita de una pena mayor”, se refiere posiblemente a que añadir a las mujeres como sujeto activo no aumenta el efecto preventivo. Presumiblemente, el TC parte del tópico de que “ellas no pegan”. En cualquier caso, para justificar la restricción de sujetos activos sólo al hombre, el TC añade finalmente consideraciones de merecimiento.

impone penas distintas a sujetos activos distintos) que se considera ilegítimo (Boldova/Rueda, 2006, p. 25).¹⁰

Para fundamentar la restricción de sujetos activos sólo a hombres, el Tribunal Constitucional se aleja de las finalidades preventivas que había invocado hasta el momento, pese a que podría perfectamente haber mantenido su razonamiento sobre bases preventivas y señalar, como había apuntado Ruiz Miguel (2006, p. 44), que la diferenciación es lo que precisamente puede aumentar el efecto preventivo, al dirigir el mensaje directamente a los potenciales agresores.

De todos modos, como he anticipado, el Tribunal Constitucional resuelve que la diferencia de penalidad y la restricción de una mayor pena a los autores hombres está fundamentada, además de por consideraciones preventivas por razones basadas en el merecimiento, pues:

No resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural –la desigualdad en el ámbito de la pareja– generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su *seguridad*, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su *libertad*, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su *dignidad*, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado (cursiva añadida). Fundamento Jurídico 9.

Para proseguir esta discusión acerca de si la diferencia de pena está justificada es conveniente proceder en tres pasos. En primer lugar, corresponde indagar si los comportamientos son idénticos cuando son realizados por un hombre o una mujer. En segundo lugar, se debe analizar si cuando estos comportamientos los realiza el hombre son más graves. Por último, corresponde preguntarse si esta mayor gravedad debe probarse en cada caso.

El primer interrogante, entonces, es el siguiente: ¿son iguales los comportamientos idénticos realizados por el hombre o la mujer?

¹⁰Creo que es apresurado tildar a la ley integral de “derecho penal de autor”. Sólo si concluimos que no hay ningún motivo que justifique en estos casos imponer más pena, podría admitirse que se aumenta la pena “al hombre, por ser hombre”.

Hay supuestos de “comportamientos idénticos” que tienen consecuencias distintas, así por ejemplo el hecho de que una mujer sea seguida por un grupo de hombres en la noche, o que un hombre sea seguido por un grupo de mujeres, es un comportamiento idéntico con significados y consecuencias diversas (Larrauri, 2007); del mismo modo que no es lo mismo tocar el pecho a un hombre que a una mujer.¹¹

Creo que la discusión general implícita es que tomar en consideración el género conlleva reflexionar acerca de cómo éste transforma todo el sistema penal. Es curioso que en general se acepte que el nivel de ingresos altera el significado de “idénticos comportamientos” y que sepamos que 500 euros de multa no significan una “multa idéntica”. Y que, sin embargo, se encuentren tantas reticencias frente a la idea de que el género modifica el significado de un comportamiento.

A mi juicio, incorporar la variable género implica analizar cómo ésta produce alteraciones precisamente en normas e instituciones que están redactadas de forma neutral, y supone admitir la posibilidad de que los resultados para los géneros no son “idénticos”. Así, el género produce una diferencia no sólo en los casos en que explícitamente se distingue, sino también en otras normas de la parte general del derecho penal¹² y también en los castigos (creo que una pena de prisión idéntica no es una pena de prisión igual cuando se toma en consideración el género).

Expuesta la incidencia de la variable género en el diverso significado de comportamientos “idénticos”, la segunda cuestión es el debate acerca de si los ataques de un hombre contra una mujer son más graves que a la inversa.

A mi juicio, al hombre se le conmina con una mayor pena no sólo, o no necesariamente, porque le mueva un ánimo discriminatorio, sino porque *en general* el acto del hombre hacia su pareja femenina es más grave, y ello se debe a dos motivos: el *mayor temor* que la agresión de un hombre ocasiona y la *mayor posibilidad* de que se produzca un resultado lesivo.

Es interesante leer las reflexiones de Johnson (2008, p. 108) a propósito de la polémica existente en Estados Unidos respecto de la “simetría de género”, esto es, al descubrimiento en las encuestas de victimización de que “las mujeres también pegan”. Al respecto el autor observa:

Sea cual sea la variable que se use para medir la violencia –como el tipo de actos que se realizan, el daño producido, la frecuencia de la violencia, o la producción de miedo en la pareja– la violencia entre parejas (incluso la ocasional) no es simétrica respecto de los géneros.

¹¹ El ejemplo es de Paula Casals (Investigadora Icrea, UPF).

¹² Véase más ampliamente Larrauri (2010).

Consiguientemente, a mi juicio (Larrauri, 2009), es errónea la práctica judicial que de forma automática menciona “forcejeos mutuos”, dando a entender que estamos frente a comportamientos de igual desvalor. La expresión “agresiones mutuas” oscurece el hecho de que, a pesar del acometimiento mutuo, el resultado en términos de temor y en términos de probabilidad de lesión no es en absoluto equivalente.

En este sentido causa estupor leer los hechos que la Audiencia de Barcelona considera como “agresiones mutuas”, y que le llevan por tanto a calificar el comportamiento como falta, en vez de delito. Como correctamente corrige el TS (Ponente: Sánchez Melgar, STS 58/2008 del 25 de enero, RJ 2008\1563), los hechos constatan que las agresiones se producen, en una ocasión, porque al hombre no le gusta la ropa que lleva su pareja femenina, y en otra, porque ella se niega a tener relaciones sexuales (y con el precedente de que el año anterior él la había rociado con alcohol y le prende fuego). Cuesta entender dónde mira la Audiencia para encontrar “(...) situaciones, como las de *pelea en situación de igualdad con agresiones mutuas* entre los miembros de la pareja (...)” (cursiva añadida).

También es sorprendente la Sentencia de la AP Cáceres, 14 de noviembre de 2006, sección 2, en la que se recogen los siguientes hechos: ella le abofeteó y le estiró de las orejas, por lo que el Tribunal lo considera “agresiones mutuas” e impone a ambos la misma pena de 6 meses, pero en el caso del hombre éste es el *mínimo* del marco penal del artículo 153.1 y en el caso de la mujer los seis meses de prisión no es el mínimo de pena sino casi el *máximo de la mitad inferior* del artículo 153.2.

Además de ocasionar un mayor temor y probabilidad de lesión, un motivo adicional por el cual la agresión del hombre a su pareja femenina puede considerarse más grave y por tanto más reprobable, es que él está agrediendo a una persona en un contexto familiar, de pareja, que socialmente la hace más vulnerable.

En opinión de Okin (1989), el propio matrimonio es una fuente *adicional* de vulnerabilidad, pues la división del trabajo con base en la cual se estructura actualmente la institución del matrimonio, y en la que el trabajo pagado o mejor pagado lo ocupa él, da lugar a una asimetría de poder que constituye una fuente adicional de vulnerabilidad.

De formas muy variadas en nuestra sociedad las mujeres se convierten en vulnerables por el matrimonio. El primer paso son sus expectativas personales (y reforzadas socialmente) de que tendrán hijos y serán sus cuidadoras principales, y que para realizar este rol necesitaran atraer y mantener el apoyo económico del hombre, a cuyo trabajo se espera que den prioridad. Se hacen más vulnerables posteriormente con la división de trabajo existente durante el matrimonio. Luego se ven desfavorecidas en el mercado laboral porque el trabajo, incluido el profesional, aun

se estructura sobre la base de que los trabajadores tienen “esposas” en casa. Se vuelven mucho más vulnerables si son las principales encargadas de sus hijos, y finalmente la vulnerabilidad escala al máximo si el matrimonio se disuelve y se encuentran solas al cuidado de los hijos (Okin, 1989)

Esta vulnerabilidad específica es lo que puede explicar la gran diferencia en las tasas de victimización (*gender imbalance*) y entender el porqué el género es un factor de riesgo relevante en las relaciones de pareja (Johnson, 2008, pp. 105-107).

Surge entonces el tercer interrogante: ¿está el legislador autorizado a establecer una presunción basándose en lo que sucede de forma mayoritaria? A mi juicio la situación que he descrito sucede en la abrumadora mayoría de casos. Pero la discusión es si la mayor vulnerabilidad de la mujer sucede en *todas* las ocasiones.

Esta parece ser la comprensión del Tribunal Constitucional cuando alude en diversas ocasiones a “lo que su acto objetivamente expresa” o “su significado social objetivo”, lo cual parece dar a entender que, independientemente de lo que quiera el hombre en concreto, su comportamiento conlleva un mayor desvalor.

Creo que es correcto partir de que los motivos por los cuales opino que una agresión del hombre a su pareja femenina es generalmente más grave, pueden no estar siempre presentes. Y creo que en los casos en que ello no se produzca, el juez está autorizado a “desviarse” de la norma precisamente en la fase de individualización de la pena. El hecho de que el legislador establezca una *presunción* no impide que el Tribunal deba valorar si el fundamento agravatorio que motiva la norma concurre en este caso.¹³

Si se admite que los motivos por los cuales se eleva la pena pueden no concurrir siempre, parecería que el artículo 153.1 establece una “presunción *iuris tantum*” (Ruiz Miguel, 2006), que funcionaría como una presunción *contra reo* en el sentido de que es el agresor quien debería probar su menor culpabilidad (Larrauri, 2007, p. 127, nota 46). Ello implica una inversión de la carga de la prueba contra la persona juzgada que deberá mostrar que no concurre en su caso el fundamento de la agravación.

Para evitar esta conclusión es por lo que en numerosas sentencias se interpreta que existe un *elemento del tipo implícito* –la existencia de un contexto de dominación– que la acusación debe probar que concurre.

En aras de explicitar cuál es el elemento que debe probarse, he intentado precisar que no se trata de la prueba de un ánimo o un móvil, pues ello es en la mayor parte de las ocasiones sumamente difícil. Se trata más bien, como ya exigían algunas sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de probar que la agresión

¹³ De hecho, una vez alcanzado este punto en la discusión, el debate ya no sería sobre el principio de igualdad, sino sobre si en la aplicación de la pena el juez ha infringido la proporcionalidad en sentido estricto (Mercedes Pérez Manzano, aportación al debate). En el mismo sentido, véase Queralt (2006).

se produce en un “contexto de dominación” (Larrauri, 2007) o que el ataque tiene por finalidad establecer un control general coercitivo (Johnson, 2008).

Con esta expresión –contexto de dominación– pretendo superar la dificultad probatoria del móvil y además centrar la atención no sólo en la agresión concreta, el “tirón de orejas” o la “colleja”, sino en el contexto en el cual se ha producido la agresión.

Quizás podríamos intentar ahora una concreción mayor y afirmar que el maltrato ocasional es agravado cuando: 1) ocasiona un mayor temor, 2) produce mayores posibilidades de lesión y 3) se produce en un contexto de dominación.

En cualquier caso, concuerdo con la opinión de los autores que indican que hubiera sido más correcto que el Tribunal Constitucional hubiera optado por una sentencia interpretativa (Peñaranda, 2008) que eliminara las posibles interpretaciones inconstitucionales que, como admite el propio Tribunal, el artículo 153.1 cobija. Expresado en mis propios términos, hubiera sido conveniente que el Tribunal Constitucional afirmara que en los casos en los que no concurre el fundamento agravatorio, la elevación de pena prevista no puede aplicarse.¹⁴

Además de estas discusiones, es relevante conocer la realidad judicial porque puede suceder que mientras estamos enfrascados en la discusión del principio de igualdad respecto el artículo 153.1, la práctica judicial discurre por caminos bastante distintos.

En este sentido, sería necesario estudiar el nivel de aplicación de la falta de malos tratos prevista en el artículo 617. Esta investigación es pertinente porque en el supuesto de que los jueces exijan la presencia de un fundamento agravatorio para aplicar el artículo 153.1 y concluyan que en algunos casos está ausente, parecería que la conclusión lógica sería aplicar el artículo 153.2.

El hecho de que recurran, como creo que hacen con cierta asiduidad, a la falta de malos tratos del artículo 617, pone en entredicho no sólo la reforma de la LO 1/2004, sino también la LO 11/2003 que pretendió eliminar del ámbito familiar la posibilidad de calificar como falta los malos tratos ocasionales. Por otra parte, sería ilógico que el hombre fuera castigado por la falta del artículo 617 –en los casos en los que no concurre el fundamento agravatorio– con una pena de multa o localización permanente y que a la pareja femenina se la castigara por el artículo 153.2 con una pena de prisión.

¹⁴ Para ver la división existente en el seno de los Tribunales, puede consultarse Gómez Villora (2007). Parece prematuro aventurar cuál es la línea mayoritaria. En el texto del citado autor puede verse que exigen un *contexto de dominación* o elemento subjetivo, las Audiencias de Barcelona, Valencia, Castellón y Navarra. Por el contrario, las Audiencias de Madrid, Las Palmas, Girona y Navarra, se inclinan por una aplicación del artículo 153 sólo con que se pruebe el comportamiento y la relación.

Otra investigación pertinente sería averiguar el grado de aplicación del artículo 153.4, que permite rebajar un grado la pena, pues parecería que este recurso, del cual los jueces pueden disponer para individualizar la pena y evitar la infracción del principio de proporcionalidad, está siendo infrutilizado. Este hecho debería ser objeto de mayor reflexión si uno está en efecto auténticamente preocupado por los efectos desproporcionados de las penas.

Un análisis de las penas definitivas en la violencia de género ocasional (artículo 153).

En una investigación realizada por Antón y Larrauri (2009), pretendimos conocer cuáles estaban siendo las penas ejecutadas por los jueces en los casos de *violencia ocasional* tipificada en el artículo 153 del Código Penal.

A los efectos de esta investigación, son dos las leyes que interesan. Por una parte, la LO 11/2003, que convirtió la violencia ocasional en delito y permitió la posibilidad de que se pudiera castigar con la pena de prisión. Por otra parte, la LO 1/2004 (Ley Integral), que aumentó el mínimo de la pena de prisión en el supuesto de que la víctima fuera la mujer pareja o una persona especialmente vulnerable, y añadió la obligación de realizar un tratamiento como condición necesaria para la concesión de la suspensión y sustitución de la pena de prisión.

Los objetivos de la investigación eran varios. En primer lugar, la investigación se propuso averiguar el grado de aplicación de la pena de prisión que la LO 11/2003 había introducido y que la Ley Integral había incrementado.¹⁵ En segundo lugar, se pretendía descubrir el nivel de penas suspendidas o penas ejecutadas, ya que la

¹⁵ Recordemos que el artículo 153 había sido cuestionado antes de la aprobación de la Ley Integral por vulnerar el principio de proporcionalidad y que los Autos del Tribunal Constitucional (ATC) habían concluido que no lo vulneraba, puesto que los jueces podían imponer Trabajo en Beneficio a la Comunidad (en adelante TBC) en lugar de prisión en los casos de poca gravedad. En esencia, esta fue la argumentación: la cuestión de proporcionalidad es una decisión del legislador ordinario, pues de lo contrario, el TC se constituiría en otro legislador; por ello el TC sólo puede declarar una pena desproporcionada cuando aprecie una "desproporción patente, excesiva o irrazonable". Para decidir si una pena es proporcional debe estarse a la relevancia del bien protegido, a la idoneidad de la pena y a la existencia de medios alternativos idóneos. A juicio del TC, el bien jurídico protegido tiene gran relevancia social, la pena de prisión es una pena idónea y además el juez no menciona medios menos lesivos para conseguir el objetivo de proteger a la mujer. Añade el TC que debido a que el legislador ha previsto como pena opcional el trabajo en beneficio a la comunidad, el juez puede modular la pena por lo que no requiere imponer pena de prisión a los casos menos graves, por lo que concluye que el principio de proporcionalidad no resulta vulnerado y el precepto es constitucional (ATC 233/2004 del 7/6 y ATC 332/2005 del 13/9). En consecuencia, se quería comprobar si los jueces se inclinaban por el TBC o por la pena de prisión.

presunción era que a pesar que se imponía pena de prisión, la práctica habitual de los Tribunales españoles era conceder la suspensión de forma abrumadora (en 84% de las ocasiones, Cid y Larrauri, 2002) para esta franja de delitos leves o de gravedad intermedia. En tercer lugar, se quería conocer el nivel de aplicación de los Programas Formativos, cuya novedad residía en que la Ley Integral los había impuesto de forma obligatoria.

De acuerdo con la investigación (Antón y Larrauri, 2009), la tabla 2 muestra las penas ejecutadas por la comisión de un delito de maltrato ocasional en la pareja desde octubre de 2003 hasta diciembre de 2006 en Barcelona.

Tabla 2. *Penas definitivas por maltrato ocasional en la pareja*

	LO 11/2003	LO 1/2004		
<i>Penas definitivas por el artículo 153 CP¹⁶</i>	%	N	%	N
Prisión	12,2%	33	10,4%	29
Suspensión de la pena de prisión	46,5%	126	39,6%	111
– Suspensión sin reglas de conducta	27,3%	74	5,3%	15
– Suspensión con la obligación de realizar programas formativos	8,9%	24	30,4%	85
– Suspensión con otras reglas de conducta (Prohibición de acercamiento, obligación de cumplir determinados deberes, entre otras), que no incluyen la obligación de realizar programas formativos	10,3%	28	3,9%	11
Trabajo en Beneficio a la Comunidad (TBC)	17,7%	48	46,1%	129
Multa	22,1%	60	1,1%	3
Expulsión	1,5%	4	2,9%	8
Total	100%	271	100%	280

Fuente: Antón y Larrauri (2009).

Según los datos que aparecen en la tabla 2, algunos aspectos merecen una atención especial.

¹⁶ Este artículo también se puede aplicar a otros miembros de la familia, pero los datos recogidos únicamente hacen referencia a la violencia sobre la pareja (violencia de género).

La ley que supuso un mayor impacto en lo que respecta a penas impuestas fue la LO 11/2003, que posibilitó la aplicación de la pena de prisión para este delito. Esta iniciativa legislativa se vio respaldada por los jueces, quienes aplicaron la pena privativa de libertad en 82.6% de los casos, y sólo en 17.4% la pena de Trabajo en Beneficio a la Comunidad (TBC).

Esta posición se adopta a pesar de contar con el trabajo en beneficio de la comunidad como pena principal opcional y desoyendo las indicaciones del Tribunal Constitucional conforme la pena de prisión se debía reservar para los casos de maltrato grave.

Curiosamente la Ley Integral ha conllevado una menor imposición de penas de prisión (60.8%), respecto de la LO 11/2003 (82.6%). No obstante, el tiempo medio de condena de la pena de prisión impuestas es mayor bajo la Ley Integral (7 meses y 27 días) que bajo la LO 11/2003 (6 meses y 2 días).

Queda como paradoja que los cambios introducidos por la Ley Integral destinados en principio a aumentar la severidad de la respuesta penal han conllevado una menor imposición de penas de prisión, si bien, de una cierta mayor duración a los supuestos de violencia ocasional en las relaciones de pareja.¹⁷

Respecto de la pena de prisión ejecutada en cada período analizado, de un total de 275 condenados, aproximadamente 32 entraron en prisión por la comisión de un delito de maltrato ocasional en el ámbito de la pareja, consistente en empujones, gritos, o insultos.

Una vez aprobada la Ley Integral, el segundo aspecto más destacable es el aumento en la imposición del TBC del 17.4% (LO 11/2003) al 39.2% (LO 1/2004).¹⁸ La explicación de la reducción que experimenta la imposición de la pena de prisión parece ser que los jueces han empezado a optar de forma más decidida por la pena de TBC.

El mayor uso de esta pena podría obedecer a diversos motivos. Por un lado, no puede descartarse una mayor familiaridad y una mayor confianza de la judicatura con la pena de TBC,¹⁹ así como un mayor esfuerzo por parte de la Administración para dotar de una infraestructura que permita una mejor ejecución de esta pena.

¹⁷ La menor imposición de las penas de prisión por la ley integral no zanja, evidentemente, la discusión acerca de si ésta ha sido más punitiva que las anteriores. Para valorar la mayor severidad penal, deben considerarse además, entre otros, datos como el hecho de que, con la ley integral, la imposición de programas formativos deviene obligatoria, o el hecho de que la pena de prisión no puede sustituirse por multa (Daniel Varona, comunicación personal).

¹⁸ La diferencia respecto de la tabla donde constan las penas ejecutadas obedece a que en la muestra inicial de la investigación se computan todas las condenas, en tanto en la tabla 2 sólo aparecen las que han sido efectivamente ejecutadas, es decir de un total de 314 condenas, 280 han sido ejecutadas en el momento de la investigación. Por otro lado, en la muestra inicial existe la categoría de prisión sustituida, mientras que en las penas ejecutadas esta condena ya es contabilizada como TBC.

¹⁹ A partir de la aprobación de la LO 15/2003, el Código Penal recoge una mejor regulación del TBC, lo que podría haber conseguido que los jueces confíen un poco más en esta sanción (Blay, 2007).

Además la Ley Integral impidió en los delitos de violencia de género la sustitución de la pena de prisión por multa y estableció como única posibilidad la sustitución de prisión por TBC. Imponer una pena de prisión que no es posible suspender, ni sustituir por multa, y acabar sustituyéndola por una pena de TBC, duplica el trabajo de los jueces por lo que favorece que en los casos en los que el juez se plantea la sustitución de la pena de prisión, éstos ya condenen directamente a la pena de TBC.

La imposibilidad de sustituir la pena de prisión por multa en estos delitos también explica el descenso en las sustituciones, que con la LO 11/2003 la sustitución se aplica en 28.7%, mientras que con la Ley Integral este porcentaje disminuye hasta 10.8%.

Otro motivo probable por el cual disminuye la sustitución de la pena de prisión es que durante la aplicación de la LO 11/2003 eran posibles condenas de menos de tres meses que se sustituyen de acuerdo con el artículo 71.2 CP de forma automática por multa, sin embargo, con la aplicación de la Ley Integral, al haber aumentado el tiempo mínimo de condena a seis meses, esta sustitución automática ya no es posible.

Por lo que respecta a la suspensión de la pena de prisión para el delito de violencia ocasional del artículo 153, desde la LO 1/2004 los jueces suspenden la pena de prisión en 70.7% de las ocasiones.

Lo más remarcable, como detallaré en el siguiente apartado, es la adición de la obligación de realizar programas formativos cuando se suspende la pena de prisión. Como ya he apuntado esta condición devino obligatoria y los jueces la imponen en 76.6% de las ocasiones.

La efectiva imposición de la obligación de asistir a programas formativos refleja sin duda el cambio legislativo de la LO 1/2004 que obliga a los jueces a imponer esta regla siempre que se suspenda la pena de prisión. De todos modos, es cierto que antes de esta ley los jueces ya tendían de forma creciente a imponer esta regla de conducta. Por lo que quizás es indicativo de la creciente confianza de los jueces en esta medida rehabilitadora, quienes, aunque no de forma unánime, sí tienden a aplicarlo de forma mayoritaria; o de la insatisfacción que produce una “mera” suspensión de la condena que puede verse como un castigo escaso en tiempos en los que se reclama que también las penas no privativas de libertad tengan una carga punitiva (Larrauri, 2005a).

Finalmente, podemos ver que la aplicación de la multa se reduce en el segundo período hasta prácticamente desaparecer. Ello obedece en parte a las críticas de que ha sido objeto esta pena en el ámbito de la violencia de género.²⁰

²⁰ Señalo “en parte” porque el descenso de la multa es un fenómeno general en otros países europeos y no limitado al ámbito de la violencia de género. Ello puede obedecer a que en general se considera esta sanción poco punitiva o poco rehabilitadora en momentos en los que se demanda más al sistema penal que una sola sanción económica (Cid y Larrauri, 2005).

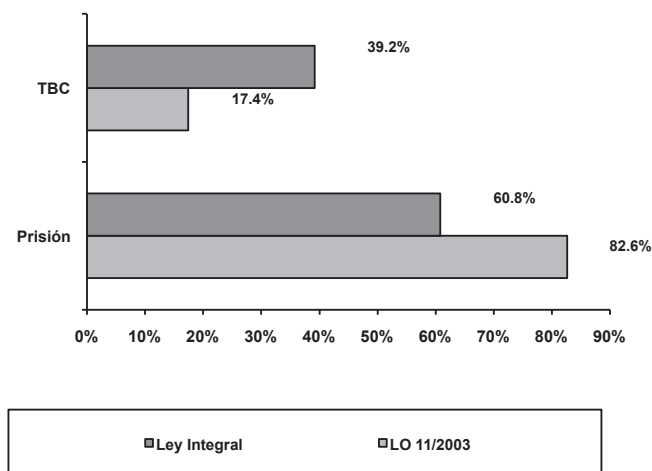
Recordemos que en la LO 11/2003, el legislador la elimina como pena principal opcional, y únicamente permite su aplicación por vía de sustitución. El hecho de que bajo la LO 11/2003 la pena de prisión fuese sustituida por multa en 22.1% de los casos permite especular que, a pesar de las críticas de algunos grupos feministas y de una parte de la doctrina, esta pena sí es considerada por los jueces una respuesta adecuada para determinados supuestos leves de violencia de género.

Una vez conocidos los resultados de las penas ejecutadas para el delito de violencia de género, en concreto la violencia ocasional previsto en el artículo 153 del CP, desarrollaré un poco más extensamente la novedosa pena de asistencia a los programas formativos.

Los programas formativos: la experiencia de Cataluña

Como acabamos de ver, con la Ley Integral la respuesta judicial más habitual a los delitos de violencia de género ocasional del artículo 153, sigue siendo la pena de prisión la cual se impone en 60.8% de las ocasiones.

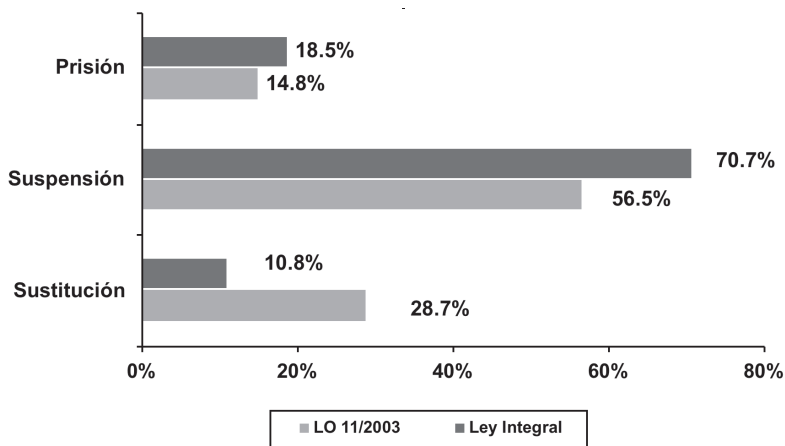
Gráfico 1.²¹ *Penas impuestas*



El gráfico 1 muestra que esta pena de prisión se suspende de forma mayoritaria en 70.7% de los casos.

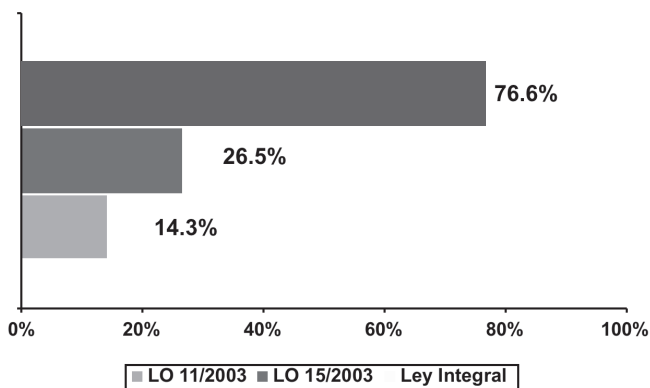
²¹ Todos los gráficos son elaboración propia a partir de los datos obtenidos en estudio de Antón y Larrauri (2009).

Gráfico 2. Porcentaje de suspensiones, sustituciones y ejecuciones de penas privativas de libertad respecto del total de condenados a prisión



En estos casos de suspensión de la pena de prisión los jueces añaden la obligación de participar en un Programa Formativo en 76.6% de las sentencias (Antón y Larrauri, 2009).

Gráfico 3. Aplicación de la obligación de realizar programas formativos o de tratamiento en casos de suspensión de la pena



En el conjunto de penas ejecutadas, el número de personas a las que se les ha impuesto un programa formativo representan 30.4%. En números absolutos de una muestra de 280 personas, 85 debe realizar un programa formativo. Ello impli-

ca que después del TBC (46.1%) la pena más ejecutada es la obligación de participar en un programa formativo (30.4%).

Si la ejecución se contempla desde la perspectiva del volumen de trabajo, éstos son los datos facilitados por el Departamento de Justicia de Cataluña. En la tabla 3 puede verse el gran aumento en número absolutos de esta pena, especialmente del 2005 al 2006, cuando devino obligatoria.

Tabla 3. *Evolución de los programas formativos en Cataluña*²²

<i>Programas formativos de violencia doméstica y de género</i>	<i>2004</i>	<i>2005</i>	<i>2006</i>	<i>2007</i>	<i>2008</i>
Condenados a Programa Formativo	38	294	751	969	985
Hombres	37	287	722	935	855
Mujeres	1	7	29	34	38
Enviados a Programa Formativo ²³	8	40	287	420	682
Grupos	1	4	16	28	44

Fuente: Datos proporcionados por Juanjo Subero, jefe de la Unidad de Medidas Penales Alternativas.

La proliferación de esta pena justifica un estudio más exhaustivo de la misma. Antes de adentrarnos en su análisis es necesario hacer una breve mención a su denominación.

El CP se refiere a estos programas, unas veces como “programas formativos” (artículo 83.1.5^a), otras como “programas de reeducación” y otras como “tratamiento psicológico” (artículo 88.1). Aunque soy consciente de que estas denominaciones tienen diferentes significados, en esta exposición usaré estos términos indistintamente.

También debe advertirse que si bien existen programas de tratamiento en prisión²⁴ y existen programas formativos comunitarios voluntarios, en la exposición

²² Por lo que se refiere a España el número de Programas Formativos impuestos en 2007 es de 5.711 y en 2008, 7860 (Geldschläger, comunicación personal 21 de abril, 2009).

²³ La diferencia entre las personas condenadas y la categoría de “enviados”, hace referencia a la existencia de listas de espera para poder cumplir esta condena.

²⁴ De acuerdo al Informe Ejecutivo del Ministerio de Igualdad (2008, p. 23), un total de 466 internos han participado en estos cursos entre 2004-2007. No se aporta más información y nada se dice de si han sido o serán evaluados los programas. Para una evaluación referida a Cataluña puede verse Martínez y Pérez (2009).

que prosigue me concentro en los que son considerados Medidas Penales Alternativas, esto es, los que se cumplen como consecuencia de la suspensión y sustitución de una pena de prisión y que son supervisados por la Dirección General de Ejecución Penal a la Comunidad y Justicia Juvenil.

Debe asimismo recordarse que esta pena no se limita a las personas condenadas por delitos de violencia doméstica o de género, sino que también se está aplicando por la comisión de delitos contra la seguridad del tráfico, pero en lo que sigue me limitaré a exponer su aplicación respecto de la violencia de género.

Aunque la medida de realizar un programa formativo fue introducida en el CP de 1995, fue la Ley Integral, que entró en vigor en junio de 2005, la que realmente posibilitó su expansión, ya que esta ley obligó a que en todos los casos de suspensión o sustitución de una pena de prisión impuesta por la comisión de un delito de violencia de género se añadiera la obligación de acudir a un programa formativo.

Este cambio legislativo explica fundamentalmente la extensión de los programas formativos dado que se imponen como condición obligatoria en todos los casos de suspensión (o sustitución) de la pena de prisión (art. 83.1 *in fine* y art. 88.1 *in fine* del CP).²⁵

Es curioso que el legislador español optara por introducir programas formativos para todos los condenados por un delito de violencia de género, especialmente considerando la tradicional falta de apoyo que ha existido en España a los programas de tratamiento.

Las críticas respecto del tratamiento en España participaron del escepticismo sobre la rehabilitación del que Estados Unidos y el resto de Europa eran testigos. Pero el hecho de que España viviera bajo una dictadura durante los años sesenta y setenta hizo que las filosofías sobre la rehabilitación, que se identificaban principalmente con programas psicológicos dirigidos a cambiar valores, se considerasen especialmente sospechosas. La imagen y el discurso referido a los presos políticos como una oposición política respecto de los cuales era ilegítimo cualquier cambio de valores fue extendida a todos los demás delitos (una visión característica de aquella época, Muñoz Conde, 1979)²⁶ y como consecuencia, los programas psicológicos siempre se han visto con desconfianza por la mayor parte de la doctrina penalista.

²⁵ La suspensión de la pena de prisión no es posible si la persona tiene antecedentes penales o la pena es superior a dos años de prisión. La sustitución de la pena de prisión de un año (o de dos años), aunque se impone de forma muy excepcional, es posible respecto de personas con antecedentes penales. En ambos casos el juez está obligado a imponer la realización de un programa formativo como condición de la suspensión o sustitución.

²⁶ Pero véase la respuesta de Bueno Arús (1985).

Además de la posición general contraria al tratamiento en la penología española, los grupos feministas están también en contra de estos programas para los condenados por violencia de género, por las mismas razones que sus homólogas europeas. Principalmente porque se consideran inefectivos y además envían un mensaje erróneo de que los condenados son hombres enfermos; evita que sean castigados con penas severas; y finalmente, porque se usan recursos que podrían ser destinados a servicios para las mujeres.²⁷

No obstante, a pesar de la falta de apoyo de los grupos feministas y la doctrina penal liberal, y contrariamente al tópico de que las “terapias coercitivas” no funcionan, la obligación de imponer programas formativos a todos los condenados por violencia de género ha sido introducida en España en el 2005, probablemente debido a una combinación de varias razones.

Primero, el clima penal cada vez más punitivo, lleva a la idea de que si la pena se suspende, “algo” tiene que imponerse al condenado (Bottoms, Rex y Robinson, 2004). Por lo tanto, después de haber permitido que el maltrato ocasional en el ámbito doméstico se castigase con prisión y dado que la prisión se considera inapropiada para delincuentes primarios, el legislador probablemente predijo un alto porcentaje de penas de prisión suspendidas. De acuerdo con las investigaciones que se han llevado a cabo, si no hay antecedentes penales y la pena de prisión es menor a dos años, los jueces suspenden la pena en 84% de los casos (Cid y Larrauri, 2002, p. 58).

Además, en España, añadir reglas a la suspensión es realmente excepcional (solo el 6% de los casos en 1998 estaban condicionados a la obligación de realizar un programa de deshabituación de drogas, Cid y Larrauri, 2002).²⁸ Por lo tanto, en la práctica, la única obligación aparejada a la suspensión de la pena era no volver a delinquir durante el período de suspensión, normalmente entre dos y cinco años. En una década de aumento punitivo (Larrauri, 2005a), se percibe que “algo” debe pasarse al acusado, y quizás por ello el legislador ha considerado necesario asegurarse de que el condenado, además de ver suspendida su pena deba realizar obligatoriamente un programa formativo.

Segundo, la “nueva ortodoxia” del método cognitivo-conductual (Robinson y McNeill, 2004) y el hecho de que hubiera algunas experiencias con algunos programas realizados en la comunidad (Fernández-Montalvo, Echeburúa y Amor, 2005)

²⁷ En este sentido algunos grupos feministas han contribuido no sólo a la expansión del derecho penal (Silva, 1999), sino también a enfatizar la idea de que la única respuesta satisfactoria es la pena de prisión.

²⁸ Esto ha cambiado recientemente en dos ámbitos: violencia doméstica (14.6%) y delitos contra la seguridad del tráfico (69.1%). Véase Estadística Básica, Julio 2009. Servicios penitenciarios, rehabilitación y justicia juvenil. Generalitat de Catalunya. Departamento de Justicia. (<<http://www20.gencat.cat/portal/site/Justicia/menuitem.cc15117>>).

y dentro de las prisiones españolas con agresores sexuales y violentos (Echeburúa y Fernández-Montalvo, 2007; Redondo *et al.*, 2007) suministraba algunas experiencias sobre las cuales elaborar esta medida penal alternativa.²⁹ También es conveniente recordar que el hecho de que el análisis de la violencia de género tiende a focalizar los valores culturales como una explicación para la violencia, probablemente ayuda a ver los programas formativos como un castigo “natural” para aquellos hombres que utilizan la violencia contra sus parejas.

La tercera razón para introducir los programas formativos como castigo fue la falta de credibilidad de las penas alternativas para los casos de violencia ocasional en el ámbito doméstico³⁰ debido a que la multa y el TBC han sido objeto de diversas críticas por parte de algunas perspectivas feministas.

Por ejemplo, la multa ha sido objeto de críticas, especialmente en el área de la violencia doméstica, argumentando que la carga económica recae finalmente en la familia, de manera que acaba afectando a la mujer (Medina, 2002). Como consecuencia de estas críticas, la multa fue abolida como pena directa para casos de violencia de género en la reforma de 2003 y como pena sustitutiva de la prisión en 2005.

Los jueces también pueden imponer trabajos en beneficio de la comunidad en casos de violencia de género ocasional, pero si bien han aumentado su aplicación en este ámbito, aún tienden a considerar que es una pena inapropiada para casos de violencia doméstica (Blay, 2007).

En conclusión, probablemente el nuevo ambiente punitivo, el renacimiento de los programas cognitivo-conductuales y la falta de castigos creíbles distintos de la prisión explican la obligación de realizar programa formativo establecida en la Ley Integral.

La regulación que dicha ley realiza es excepcional cuando se compara con la regulación de la suspensión ordinaria de la pena por las siguientes razones: en primer lugar, los delitos que se agrupan como violencia de género constituyen el único grupo por el cual *obligatoriamente* se deben imponer reglas de conducta a la suspensión de la pena. En segundo lugar, los delitos que se agrupan como violencia de género constituyen el único grupo donde la *revocación* de la suspensión de

²⁹ Agradezco a José Cid haberme señalado este hecho.

³⁰ Algunos profesionales afirman que el hecho de que las penas comunitarias sean más baratas que la prisión también ha jugado un rol importante. Las penas comunitarias son ciertamente más baratas. De acuerdo a los datos del Departamento de Justicia de Cataluña un preso cuesta 78.29 euros/día (en 2008), mientras que el coste de una persona condenada a una pena comunitaria es de 3.05 euros/día (en el primer semestre de 2008) (<<http://www20.gencat.cat/portal/site/Justicia/menuitem.cc15117>>). Sin embargo, esto supone que las personas que son condenadas a una medida penal alternativa hubieran sido enviadas a prisión, lo cual puede no ser el caso.

la pena y la consiguiente ejecución de la pena de prisión es (teóricamente) inmediata en el caso en el que la persona abandone el programa.

Es necesario recordar que si bien la obligación de asistir a un programa formativo debe imponerse por todos los delitos de violencia de género en que se suspenda la pena de prisión³¹ (inferior a dos años de prisión y en los casos que la persona carezca de antecedentes) en la práctica parece ser que la mayoría de personas que asisten a estos programas suelen ser agresores condenados por violencia ocasional (artículo 153 del CP), esto es, de bajo riesgo.

Para poner de relieve los problemas más relevantes, a continuación expondré la aplicación práctica de esta pena, esto es, la trayectoria que sigue la persona condenada a asistir a un programa formativo.³²

El proceso de ejecución de la sentencia

La primera cuestión que necesita alguna reflexión es el *carácter obligatorio* de realizar un programa formativo. De acuerdo con la Ley Integral, los jueces pueden y deben imponer automáticamente esta obligación a todos los agresores, pero he reseñado que de acuerdo con las investigación llevada a cabo por Antón y Larrauri (2009), esta obligación se impone en 76.6% de los casos.

Sería conveniente realizar una ulterior investigación que permitiera comprender las posibles razones por los cuales en algunas ocasiones no se impone esta obligación de realizar un programa formativo. Por ahora, se puede sólo especular si esta omisión es debida quizás a la creencia de que no existen programas, de que estos están saturados, u obedece más bien a una desconfianza en la propia medida penal.

Dado que la violencia que estamos analizando es de carácter leve y ocasional, habría sido acertado que la ley hubiera permitido al juez, en base a su juicio individual, decidir qué agresores necesitan intervención psicológica.

³¹ Y también en los supuestos en que sustituya la pena de prisión de uno o dos años.

³² Quisiera dejar constancia de mi agradecimiento a los diversos técnicos de la Administración de la Generalitat de Catalunya a los cuales he apartado en numerosas ocasiones de sus preocupaciones urgentes con mis múltiples preguntas. En especial muchas gracias a Marc Cerón, subdirector general de Reparació i Execució Penal a la Comunitat. Departament de Justícia de Catalunya; Manuela Moreno, técnica encargada de los Programas Formativos; Lidia Serratusell Cap de la Unitat de Programes de la Subdirecció General de Reparació i Execució Penal a la comunitat del Departament de Justícia; y Juanjo Subero jefe de la Unidad de Medidas Penales Alternativas.

Mi agradecimiento también al magistrado Josep Antoni Rodríguez por ayudarme en la comprensión de diversos aspectos relacionados con la ejecución de esta medida. Heinrich Geldschläger (psicólogo del IRES), y Dave Morran (profesor del Dept. Applied Social Science, University of Stirling) me han aportado sus conocimientos y experiencia práctica.

La obligatoriedad de imponer siempre un programa formativo, como profundizaremos en las conclusiones, es en algunos supuestos excesiva (para los casos leves) y en otras deficitarias, como en los casos en los que no está prevista la posibilidad de que el juez imponga además esta regla de conducta (cuando, por ejemplo, condena directamente como pena principal a TBC).

La segunda pregunta es: respecto de los jueces que tienden a imponer (o ignorar) la obligación de asistir a un Programa Formativo, ¿cuáles son los criterios en que se basan para imponer la obligación de atender un programa educativo? ¿En qué casos se solicita el *informe criminológico*?

En Cataluña, algunos jueces piden a los funcionarios del Departamento de Justicia (Equipo de Asesoramiento Técnico, EAT) un informe criminológico sobre el agresor. Este informe muestra las actitudes del agresor en lo que respecta al delito, la relación con la víctima, si tienen problemas con las drogas y, con base en un cuestionario de valoración del riesgo, adaptado del Spousal Assault Risk Assessment (SARA), se realiza una evaluación del riesgo.

Pero en la mayoría de los casos, la decisión entre suspender la pena sin reglas de conducta y una suspensión con la obligación de realizar un programa formativo se toma sin informe y sin una evaluación del riesgo previa.³³

Una vez que el juez ha decidido suspender la pena de prisión e imponer el programa formativo, el tercer problema se refiere a la *determinación temporal* de la medida. El juez no precisa cuánto tiempo durará el programa o cuántas sesiones tendrá. Tampoco la ley especifica la duración de los programas y el juez únicamente decide que el programa tendrá que realizarse durante los siguientes dos años, que generalmente es el plazo de suspensión de la pena.³⁴ Por consiguiente, el número de horas y la duración de los cursos los deciden las instituciones en las que se llevan a cabo los programas. Este proceder podría ser descrito, usando una expresión de Jacobs (1982) (*sentencing through officers*), como una “condena impuesta por la Administración”.

³³ La posibilidad de pedir un informe del Equipo de Asesoramiento Técnico en la justicia penal de adultos es opcional, como se establece en el artículo 28 RD 515/2005 de 6 de mayo, a diferencia de lo que sucede en la justicia penal de menores, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 27 de la LO 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores. La Ley Integral prevé también la existencia de unidades de valoración forense integral, los cuales pueden también asistir en la decisión judicial por ejemplo acerca de la duración del programa formativo impuesto.

³⁴ Es curioso observar que en las entrevistas realizadas en el curso de esta investigación se pudo constatar que los jueces de ejecución creen que la duración la establece la Administración, y la Administración cree que la duración la determinan los jueces. En realidad parece más bien que la duración viene establecida por la oferta que las instituciones hacen a la Administración, oferta que en algunos casos viene condicionada por el presupuesto, pero no en todos, pues la entrega de muchas personas supe la falta de presupuesto.

La diversidad del contenido de la pena a que ello puede dar lugar puede observarse comparando las entrevistas y 12 sesiones que acostumbran a durar estos programas realizados en tres meses en Cataluña, con los realizados en Valencia que consisten en 3 sesiones de entrevista motivacional previa, seguidos de 52 sesiones que se cumplen en 12 meses.³⁵

El cuarto aspecto que me gustaría destacar del proceso de ejecución es que el juez no le pide al condenado su *consentimiento*. Esta suspensión parece concederse de forma “automática”, pues dado que la participación en un programa formativo es una alternativa a la pena de prisión, se espera que la persona condenada consienta en la misma. Sin embargo, en España, la necesidad de consentir está legalmente prevista en casos de trabajos en beneficio de la comunidad (artículo 49 del CP). Por otro lado hay consecuencias importantes que acostumbran a relacionarse con la regulación del consentimiento, como por ejemplo, si prestar el consentimiento no es necesario, estos programas podrían estar incluidos como un castigo principal único. Ello sería una forma de evitar que formaran parte de la suspensión de la pena de prisión, que conlleva la consecuencia de que un incumplimiento represente la entrada de la persona en prisión.

Se podría argumentar que estos programas son “socioeducativos” y por lo tanto no requieren de las mismas garantías requeridas normalmente para los programas de tratamiento, que podrían ser eventualmente más intrusivos. Ciertamente, la terminología usada actualmente en el Código Penal es ambigua y como he señalado unas veces se refiere a “programas formativos” (artículo 80 del CP) y otras a “tratamiento psicológico” (artículo 88 del CP).

En cualquier caso, lo que se mantiene es la paradoja de que los programas formativos, como pena comunitaria, no requieren del consentimiento del penado, mientras que los programas de tratamiento llevados a cabo en prisión sí (artículo 112.3 Reglamento Penitenciario).

Una vez que la obligación de realizar programas formativos es impuesta por el juez, si el agresor abandona los cursos, la ley recoge la *revocación* inmediata. Como ya se ha mencionado anteriormente, esto es más restrictivo que en otros casos de suspensión de la pena, en los que el juez tiene más flexibilidad en casos de incumplimiento (artículo 84.3 del CP).

Aunque no se ha llevado a cabo ninguna investigación específica no se conoce³⁶ ningún caso de revocación basado en la no asistencia a los programas forma-

³⁵ María Victoria Lorenzo (Comunicación presentada en VI Congreso de Español de Criminología, Santiago de Compostela, 18, 19 y 20 de junio, 2009). Véase también Lila y Conchell (2009). Agradezco la ayuda de Javier Guardiola para la aclaración de este punto.

³⁶ Aparentemente, la única sentencia es la AAP Madrid, 116/2007, de 19 de Febrero; JUR 2007/175098). Datos facilitados por José Cid (aunque su investigación se centra únicamente en los ca-

tivos, y la sensación generalizada es que si un agresor no va al programa los mecanismos para hacerle cumplir dicho programa no son muy efectivos.

El proceso descrito por los funcionarios y los jueces es que si el condenado no se presenta a la primera entrevista o abandona el programa, el delegado no informa directamente al juez, sino que llama repetidas veces al condenado para que comience en otro programa.³⁷ Incluso cuando el funcionario informa al juez, algunos jueces sólo le “advierten”, pero no revocan la suspensión de la pena. Este proceder es similar al expuesto por Cid (2009, pp. 136-138) en los casos de suspensión especial por motivos de drogodependencia, en los que si bien los términos de la ley (artículo 87.5) estipulan que la suspensión se revoca por el abandono del tratamiento, diversas sentencias interpretan que el incumplimiento sólo se produce cuando hay un “rechazo injustificado” a realizar dichos programas.³⁸

Finalmente, si no hay un nuevo delito y el condenado ha asistido a las sesiones del programa –independientemente del “éxito” que el programa haya tenido– se considera que esta medida penal ha sido cumplida.

El “agente de probation” (Delegado de Ejecución de Medidas, DEM)

En Barcelona hay aproximadamente 74 Delegados de Ejecución de Medidas (DEM, una figura similar al *agente de probation* en Inglaterra). Cada uno de ellos se encarga de aproximadamente 80 casos al mismo tiempo.³⁹

La función de los DEM es entrevistar al acusado y escribir un informe en el que, basándose en la actitud del condenado sobre el delito cometido, la relación con la víctima, los problemas con las drogas, y especialmente evaluando la actitud del condenado en lo que respecta a tomar parte del programa, los DEM deben clasificar al acusado en una categorías de riesgo (alta, moderada o baja). Estas entrevistas también se basan en el instrumento adaptado de evaluación del riesgo SARA. Todos estos informes se envían al coordinador de los DEM, quien en función de las plazas disponibles en los diferentes programas, el perfil y los horarios asigna el condenado a una de las instituciones que llevan a cabo los programas.

Una vez realizada la asignación, el DEM se pone en contacto con el condenado para una segunda entrevista, en la que se le pide que contacte con la institución

nos en los que en un recurso se deniega la revocación, encontrar solo uno en el que revoque la suspensión es indicativo de que debe haber pocas revocaciones de la suspensión de la pena en este ámbito).

³⁷ No parece haber una pauta sobre cuántas veces el funcionario contacta con el condenado.

³⁸ En opinión de Cid (2009, p. 138), con quien concuerdo, la revocación de la suspensión sólo procedería cuando, sobre la base de un informe criminológico, pudiera concluirse que existe un riesgo de reincidencia. No obstante, como defenderé en las conclusiones, además de la revocación deberían prevverse también en este caso “sanciones intermedias”.

³⁹ Está previsto especializarlos.

para empezar el programa formativo. En el caso en que el condenado haya sido clasificado como de “alto riesgo” la institución se pone en contacto con él directamente.

El primer aspecto que me gustaría enfatizar es que, como he apuntado, la duración de los programas se establece por las diferentes instituciones en lugar de por el juez. En Cataluña la duración establecida por ahora es estándar, pero ello puede variar pues el Departamento de Justicia considera una prioridad adaptar los programas a los diferentes perfiles.⁴⁰ Como consecuencia, los diferentes perfiles de riesgo determinarán la duración del programa que se precisará por el Departamento de Justicia.

Este proceder está en tensión, no sólo con el principio de legalidad que obliga a que el legislador determine la pena, sino también con el principio de proporcionalidad, que obliga a que el juez concrete la pena en función de la gravedad del hecho.

Un segundo problema son los condenados que el Departamento de Justicia considera no cualificados para poder seguir el programa formativo. Esta situación surge cuando se dan algunos factores como el alcoholismo y otros problemas de drogadicción, el desconocimiento de la lengua, que el agresor se niegue a realizar el programa, o que la persona condenada sea una mujer (ya que los programas están diseñados exclusivamente para hombres). En los casos en los que imponer una pena de prisión se considera inapropiado y se dan estos factores, dado que no hay alternativas claras, el DEM intenta movilizar el resto de servicios sociales generales.

Una problemática adicional es la “lista de espera”. Debido a que estos programas son actualmente obligatorios, la “lista de espera” se ha incrementado de 33 a 60.60% en todas las penas comunitarias (Estadística Básica, 2009). Una consecuencia generalmente asociada a la lista de espera es que esta conlleva que los jueces tengan cada vez menos fe en las penas comunitarias, porque tienden a pensar que estas penas no se cumplen,⁴¹ pues asumen que las penas prescriben antes de ejecutarse.

Además de las listas de espera existe la cuestión de las tasas de abandono. El Departamento de Justicia no dispone o no facilita los datos sobre las tasas de abandono.⁴² Sabemos por las investigaciones de otros países que uno de los grandes retos de los programas formativos es la dificultad de conseguir que las personas condenadas asistan a todas las sesiones. Dado que los abandonos indican un mayor riesgo de reincidencia (Scott, 2004) es importante conocer este dato. Sin embargo, el Departamento de Justicia tiende a interpretar que la publicidad de la cifra de abandonos podría cuestionar el buen trabajo que están haciendo.

⁴⁰ Juanjo Subero, presentación en la Universidad Pompeu Fabra, 3 de julio de 2008.

⁴¹ Ester Blay, comunicación personal.

⁴² Estudios internacionales ponen de manifiesto que la tasa de abandono están entre 23 y 29% (Scott, 2004).

Una última cuestión que debe ser objeto de mayor debate se refiere a las tasas de reincidencia. El Departamento de Justicia de Cataluña ha iniciado una investigación para conocer la tasa de reincidencia. Un problema previsible en esta investigación será la forma de contabilizar la reincidencia,⁴³ la cual no siempre es detectada, pues no se denuncia. Por ello las investigaciones comparativas tienden a recurrir a las “percepciones de las mujeres sobre el éxito del programa” (Gregory y Erez, 2002).⁴⁴

La falta de toma en consideración de la opinión de las mujeres por parte de los impulsores de esta investigación para conocer la efectividad de estos programas, parece obedecer a varias razones.

Por un lado, se asume que la mujer, pareja de un maltratador que está realizando un programa formativo, no puede comunicarse con el agresor, pues ello está vedado por la prohibición de aproximarse a la víctima que el juez se ve obligado también a imponer como regla de conducta en los casos de suspensión y sustitución de la pena de prisión. Por otro lado, tanto el sistema penal español como la doctrina tradicional tienden a ignorar la voz de las mujeres durante el proceso legal, incluyendo los motivos de la mujer para (no) detener, condenar o (no) imponer la prohibición de alejamiento (Larrauri, 2005b).

Por último, esta desconsideración de la opinión de las mujeres sobre los programas formativos puede también reflejar la falta de implicación de los grupos feministas con estas nuevas formas de castigo.

Como apuntaré en las conclusiones parece necesario realizar este tipo de investigación para determinar el grado de seguridad, y el nivel de satisfacción que esta medida penal aporta a las mujeres, y por otro lado para confirmar también el éxito de estos programas respecto del cambio de actitudes, desde la perspectiva de las mujeres.

Las instituciones privadas

Actualmente en Barcelona, los programas formativos para condenados por violencia de género se están llevando a cabo por cuatro organizaciones privadas: AGI, ARC, GENUS, e INTRES. Esta forma de privatización pasa a menudo desapercibida

⁴³ Otro problema que algunos autores han puesto de relieve es que la disminución de la tasa de reincidencia no es necesariamente un efecto del tratamiento (Gondolf, 2002; Scott, 2004).

⁴⁴ Estos autores ponen de manifiesto (mediante su investigación realizada con 33 mujeres en Ohio) que 45% de las mujeres pensaban que funcionaba, 39% no creían que fuera efectivo y 26% no estaban convencidas de si funcionaba el tratamiento o la amenaza de la entrada en prisión. Las mujeres también tenían miedo de ser culpadas por haberles obligado a seguir el programa formativo (Gregory y Erez, 2002). De ahí que sea importante, como indica Gondolf (2002), facilitar planes de seguridad para mujeres cuyas parejas están bajo tratamiento.

en los debates generales sobre el tema, que tienden a centrarse en el sistema penitenciario, que es más visible, ignorando el alcance de la privatización en otras instituciones del sistema penal.

Dado que la medida obligatoria de realizar un programa formativo entró en vigor en junio de 2005, el Departamento de Justicia de Cataluña tuvo que aceptar las instituciones ya existentes para ejecutar los programas sin tener demasiada elección y sin un proceso de acreditación para garantizar la aptitud y homogeneidad de las diferentes instituciones.

Todos los programas suelen seguir un guión parecido. En Cataluña dura 30 horas, que se extienden normalmente a lo largo de tres meses y consisten en dos o tres entrevistas individuales (de 45 minutos), 12 sesiones grupales (de 1.30-2 horas), y una entrevista final.

El que el Departamento de Justicia reciba numerosos condenados con esta pena de tratamiento conlleva una inmensa presión para las instituciones que tienen que aumentar los grupos de condenados, aumentar el número de participantes, reducir las sesiones o reducir el personal cualificado. Como en otros lugares (Gadd, 2004; Scott, 2004) hay problemas con la movilidad del personal, su falta de estabilidad o su limitada formación.

Una de las propuestas destinadas a reformar esta situación de falta de presupuesto podría consistir en hacer que el condenado se haga cargo del coste del programa.⁴⁵ Además del problema del amplio número de condenados a programas formativos, el trato con la diversidad es otro reto tanto para estas instituciones (Geltshorpe y McIvor, 2004) como para el Departamento de Justicia. Los condenados que desconocen el idioma, las mujeres condenadas y aquellos que tienen problemas de exclusión social, suelen considerarse no aptos para este tipo de programas pero las alternativas existentes a los mismos son escasas.

Una dificultad adicional para estas instituciones es cómo evaluar el éxito de los programas. Los participantes pueden asistir y “calentar la silla” y teniendo en cuenta la lista de espera existente hay una presión implícita para “aprobar” a todos los participantes. Además, “suspender” el programa conllevaría, según la ley, la entrada en prisión.

Sin embargo, si el criterio exclusivo es “acudir a las sesiones”, entonces uno debería reconsiderar esta pena en términos de “privación de tiempo”, e intentar concebir una cantidad proporcional del tiempo de duración que el condenado debe cumplir como pena.

Por otro lado, alguno de los objetivos que se plantean, como los que abordan el significado que tiene la violencia, o los que pretenden ayudarles a entender “la continuidad entre la masculinidad del hombre (como agresor) y la masculinidad de los

⁴⁵ Heinrich Geldschläger, presentación en la UPF, 3 de julio de 2008.

hombres que no son violentos” (Gadd 2004, p. 188; Hearn y Whitehead, 2006, p. 48), parecen extremadamente difíciles de lograr en tres meses.

Además surge la interesante cuestión de si es lícito requerir que uno cambie sus valores como condición para considerar que se ha cumplido la obligación de “participar en programas formativos” impuesta por el juez. Éste es un debate clásico en torno al tratamiento, y parece evidente que podemos exigir que la persona deje de realizar comportamientos violentos, pero no es tan evidente que debamos o podamos exigir que deje de ser “machista”.

Un último problema con el cual pueden tropezar algunas instituciones es la falta de atención en lo que respecta a la seguridad de las mujeres cuyas parejas masculinas han sido condenadas a realizar un programa formativo.⁴⁶ El sistema penal español prohíbe el contacto entre el condenado y la mujer, aunque diversas investigaciones comparadas muestran que en la práctica muchas mujeres continúan con la relación (Robinson y Cook, 2006; Hoyle, 2007). Y debido a que se parte de que hay una medida de alejamiento en vigor no se presta suficiente atención a la seguridad de las mujeres mientras el agresor está asistiendo a un programa formativo.⁴⁷

El contacto entre las instituciones que llevan a cabo los programas y las mujeres (víctimas) se enfrenta a dos serios obstáculos. Primero, el contacto con la víctima se canaliza a través de instituciones como la Oficina de Atención a las Víctimas. Esto significa que no hay un vínculo directo entre los psicólogos del programa y la mujer e incluso es probable que la Oficina de Atención a las Víctimas tampoco tenga ese contacto si la mujer no se ha dirigido a la institución.

La segunda dificultad puede surgir con las nuevas parejas.⁴⁸ En este caso, la mujer no tiene el estatus de víctima y por lo tanto no es contactada por los servicios dirigidos a las víctimas. Además, el Departamento de Justicia, en aras de proteger la privacidad del condenado, no encuentra justificado, a no ser que el riesgo para su seguridad sea inmediato, informar a las nuevas parejas femeninas de que el hombre está realizando un programa de tratamiento. El deseo de proteger la privacidad del condenado y su derecho a la rehabilitación son valores positivos pero deben ser ponderados con la seguridad de las mujeres y con la opinión de las mujeres sobre cómo está funcionando el programa.

Es cierto que quizás los casos que van a programas formativos son de escasa gravedad, pero no puede descartarse, por razones de mayor facilidad procesal, que hayan personas condenadas por un delito de violencia ocasional que no obstante

⁴⁶ Heinrich Geldschläger, UPF, comunicación personal, 3 de julio de 2008.

⁴⁷ Si bien desde el Departamento de Justicia se está elaborando un Protocolo que coordine los servicios de medidas penales alternativas y las oficinas de atención a la víctima encargadas de la protección a las víctimas, similar al que existe para coordinar la protección de las víctimas y los servicios penitenciarios (Lidia Serratusell, comunicación personal).

⁴⁸ Heinrich Geldschläger, comunicación personal.

llevan mucho tiempo realizando comportamientos agresivos. Esta posibilidad no puede ser descartada, pues es más fácil condenar por violencia ocasional que por violencia habitual.⁴⁹ Debemos confiar en que la evaluación de esos programas nos permita saber realmente qué tipo de condenados están siendo derivados a ellos.

Conclusiones en torno a las penas de la violencia de género de baja intensidad

En España, el legislador transformó las faltas de lesiones de violencia doméstica en delitos que se podían castigar con la pena de prisión. El deseo de castigar más severamente y parecer contundente ante la violencia de género, junto con la necesidad pragmática de evitar encarcelar a todos los condenados, es lo que produce un recurso a la suspensión de la pena acompañada de la obligación de realizar un programa formativo.

Una primera reflexión debiera realzar, a mi juicio, que los programas formativos no debieran ser una medida penal utilizada para los casos más leves de violencia de género ocasional. Incluso si se adopta la decisión de criminalizar diversos comportamientos, debería recordarse que existen distintas penas, más proporcionales para los casos menos graves, igual de eficaces, y más económicas.

es necesario defender un uso mayor –y más efectivo– de estas penas de “baja intensidad” que disponemos, enfatizando su importancia para construir un sistema de penas coherente y complementario que pueda ofrecerse como alternativa creíble a la pena de prisión (Mair, 2004, p. 136)

La segunda reflexión incide en la regulación que establece la obligatoriedad de esta medida en todos los supuestos de suspensión o sustitución de la pena de prisión. Esta legislación no permite a los jueces la discrecionalidad de decidir quién debería ser enviado a un programa formativo. La obligatoriedad de imponer siempre un programa formativo, como profundizaremos en las conclusiones, es en algunos supuestos excesiva (para los casos leves) y en otras deficitarias, como en los casos en los que no está prevista la posibilidad de que el juez imponga además esta regla de conducta (cuando, por ejemplo, condena a TBC como pena principal). Esta mayor discrecionalidad de los jueces debería ir acompañada de una regulación más precisa de los casos en los que se estima indispensable un informe criminológico para adoptar diversas decisiones (de acudir a un programa formativo, de duración del mismo, o del acompañamiento de otras obligaciones).

⁴⁹ En España, en 2006, de 20 569 sentencias condenatorias por violencia doméstica, 77.1% fue por violencia ocasional, y 17.1% por violencia habitual (Larrauri, 2007, p. 108).

En tercer lugar, la regulación actual puede entrar en conflicto con principios básicos del derecho penal como el principio de legalidad que obliga a que el legislador determine la duración temporal de la pena.

Por otro lado, soy consciente de que cualquier propuesta tendiente a individualizar la condena en función del riesgo o necesidades criminógenas, entrará en tensión con el principio de proporcionalidad, que obliga a que el juez concrete la pena en función de la gravedad del hecho. Debido a que no todos los condenados reciben esta pena adicional, se puede concluir que añadir un programa formativo representa una “amenaza a la proporcionalidad” (Hoyle, 2007; Netter, 2007). Entiendo que si se acepta una propuesta de *lege ferenda*, que consista en que los jueces no estén obligados a imponer los programas formativos en la suspensión de la pena de prisión, esta tensión es hasta cierto punto inevitable, si se pretende que la pena se imponga además de en base a la gravedad del hecho en función del riesgo o “necesidades criminógenas”⁵⁰ de la persona condenada (Hanna-Moffat, 2005; Raynor, 2007).

La cuarta sugerencia es la necesidad de atender a la diversidad de las personas a las cuales se condena a estos programas, sin informe criminológico previo, y que luego no pueden cumplirlo por diversas problemáticas, como por ejemplo, el abuso de alcohol, la dependencia de drogas, o el desconocimiento de la lengua.

La quinta reflexión se refiere a la necesidad de reclamar su evaluación. Esta evaluación es pertinente, para intentar entender no solo qué funciona, sino por qué lo hace (Lewis, 2004, pp. 207-218), y también para intentar comprobar la efectividad del sistema penal respecto de otros medios fuera del sistema de justicia penal (Robinson y Cook, 2006, p. 194).⁵¹ La experiencia española muestra que las nuevas experiencias en el sistema penal viajan rápidamente, de Duluth a Escocia, a Barcelona. Esta proliferación parece obedecer más a la necesidad de reconciliar la perspectiva feminista, con los defensores de los programas cognitivo-conductuales, y con la petición de castigos más severos, que con la evidencia del éxito de dichos programas (Gadd, 2004).

Por último, es necesario reflexionar acerca de cuál debe ser la reacción en el caso de abandono del programa formativo. Gondolf (2002) ha argumentado de forma convincente que para que un programa “funcione”, tiene que formar parte de un

⁵⁰ El hecho de que se atienda más a necesidades sociales que al riesgo de reincidencia, puede entenderse como más acorde con un modelo de justicia, además de que los actuales modelos rehabilitadores más basados en el aprendizaje que en el tratamiento consideran al actor como un “agente moral” (Raynor y Robinson, 2009).

⁵¹ En este sentido creo apresurada la prohibición de la mediación. También se debe destacar la falta de programas comunitarios voluntarios, que no existen en ocasiones ni para las personas que manifiestan su interés en continuar (Geldschläger, UPF, 3 de julio de 2008).

“sistema de intervención”, en el sentido de que haya una reacción policial, o judicial inmediata en el caso de que el agresor no asista al programa formativo.

En España, los psicólogos que realizan el programa y los funcionarios que se encargan de controlar el cumplimiento por parte del condenado se quejan de la falta de respuesta judicial en casos de abandono o en supuestos de incumplimiento por motivos distintos a la no asistencia. Los jueces no se sienten excesivamente cómodos ante la decisión de encarcelar a estos delincuentes primarios. Quizás dar a los jueces la posibilidad de reaccionar ante algunas infracciones de otra forma que no fuera la ejecución de la pena de prisión (Von Hirsch, 1993) les permitiría dar respuestas más proporcionales a las infracciones y sería una alternativa que no desembocaría en un sistema draconiano, que amenaza con la prisión a quien incumple una regla de conducta impuesta en la suspensión de la pena, e inefectivo, que algunos jueces evitan cumplir.

Algunos de los interrogantes planteados se abordarán en dos investigaciones. La primera son entrevistas a mujeres para conocer cuál es su opinión acerca de esta pena, aunque es difícil conectar a mujeres, y más aun conectar a mujeres cuyas parejas hayan sido condenadas a programas formativos.⁵²

Otra investigación actualmente iniciada consiste en conocer la opinión de los jueces respecto de esta pena.⁵³ En general, en base a las primeras entrevistas, puede decirse que los jueces españoles tienen una “orientación formalista”, y parecen estar más preocupados en aplicar la ley que orientados a la resolución del problema. Sin embargo, también es cierto que los jueces son favorables a esta pena, por lo que podría sugerirse una reforma penal que permitiera imponer esta pena directamente sin necesidad de vincularla a una pena de prisión, no imponerla obligatoriamente en caso de suspensión o sustitución de una pena de prisión, o permitir su imposición junto al TBC.

Esta mayor discrecionalidad de los jueces debería ir acompañada de la introducción de un informe criminológico, el cual, de forma similar al *Pre-Sentence Report* (Tata, Burns, Halliday, Hutton y Mcneill, 2008), permitiera al juez conocer las circunstancias sociales, personales y demás variables relevantes para la decisión acerca de la imposición o no de un programa formativo.

En una investigación que se está llevando a término en Holanda, se planteó cuál era la influencia del informe criminológico que pide el juez. Ello requería indagar en cuántos casos el juez dispone de este informe –cuándo lo pide por propia iniciativa, si en algunos delitos está influido por el clima político y se piden siempre, o si hay directrices de que se pida– y ver qué impacto, si alguno, tiene este informe

⁵² Al mes de julio de 2009 hemos conseguido realizar 6 entrevistas.

⁵³ Investigación subvencionada por el CEJFE: Resolución JUS/4122/2008, de 19 de diciembre de 2008.

en la condena que adopta. En la investigación holandesa se obtenía el resultado de que, en los supuestos en los que no se pedía el informe criminológico, el juez no condenaba a programas formativos o cognitivo-conductuales, pues los jueces opinan que ellos no están capacitados para determinar cuándo esta medida es procedente.⁵⁴

Además, cuando imponen esta obligación adicional, perciben que ello representa una mayor severidad de la condena, por lo que las exigencias de rehabilitación y proporcionalidad entran en tensión.⁵⁵

3. Evaluación de la intervención penal prevista en la Ley Integral

La LO 1/2004 de 28 de diciembre ha sido evaluada al cabo de tres años, tal y como estaba previsto en la Disposición adicional undécima de la propia ley. El 24 de julio de 2008, se publicó el Informe Ejecutivo de la Evaluación de la Aplicación de la ley orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, por el Ministerio de Igualdad (en adelante *Informe Ejecutivo*).⁵⁶

A mi juicio, es indudablemente positivo que la ley se evalúe, pero espero mostrar, a lo largo de esta exposición, cómo esta evaluación, además de poseer los déficit anticipados por Diez Ripollés (2003), es implícitamente defensiva. Su objetivo parece ser defenderse frente a críticas aparecidas en los medios de comunicación o formuladas en el debate político. Ello ocasiona no sólo una determinada forma de presentar los datos, sino que además, a mi juicio, paradójicamente refuerza determinadas asunciones.⁵⁷

A continuación expondré mis reflexiones. Evidentemente, no entro a valorar las medidas desarrolladas en el ámbito de la publicidad, sanitario, o de formación especializada a los profesionales responsables de estos temas.⁵⁸

⁵⁴ Es evidente que en los casos en los que sí pedían el informe, los jueces eran conscientes que la condena parecía dejarse en manos de los servicios sociales o en manos de otros expertos.

⁵⁵ Boone (2009, presentación en el IX Congreso ESC, Ljubiana).

⁵⁶ El informe completo: Evaluación de la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre. Medidas de protección contra la violencia de género puede encontrarse en <<http://www.migualdad.es/>> dentro de Información Estadística. Informes de Violencia de género.

⁵⁷ Si bien, será expuesto más adelante, para hacer comprensible esta afirmación debo adelantar que se refiere al tema de los sobreseimientos. Esto es, no admitiendo el gran número de sobreseimientos implícitamente se acepta que este número es una crítica a la propia ley.

⁵⁸ Una evaluación global crítica puede verse en Amnistía Internacional (2008).

Una de las primeras cuestiones que sorprende es que el *Informe Ejecutivo* no declara de forma expresa cuáles son los objetivos que se pretendían alcanzar con la ley. Desde luego, podría interpretarse que el objetivo primordial de la ley, por orden de importancia, es disminuir el número de mujeres muertas. Probablemente, los recelos a realizar esta declaración pública provengan de lo que muestran las siguientes cifras referidas a los tres primeros años de vigencia de la Ley Integral.

Tabla 4. *Cantidad de mujeres muertas en España*

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
IM ⁵⁹	63	50	54	71	72	57	68	71	75	42 (18/09/09)
CGPJ ⁶⁰				65	69	52	62	74	75	

Fuente: Elaboración propia según datos publicados.

El hecho de que el número de mujeres muertas haya aumentado desde que la Ley Integral está en vigor es lo que ocasiona numerosas críticas a ésta por su falta de eficacia. A ello se responde que no se puede esperar que una ley acabe con “una lacra social”, con lo que implícitamente parecen reconocerse los límites del sistema penal, pero al propio tiempo, como veremos, se sigue poniendo el énfasis en valorar como positivo el aumento de denuncias y de condenas, independientemente del efecto que este aumento produzca en la seguridad de las mujeres.

La forma de responder a esta falta de eficacia para reducir el número de muertes por parte del *Informe Ejecutivo* (página 38) es que si se compara el período 2003-2004 respecto del período 2005-2007 se ha producido un descenso del 8.7%, o si sólo se compara respecto a 2005 se ha producido un descenso de 15 casos, o incluso si se compara el número de mujeres muertas por millón de mujeres también hay un descenso en estos dos períodos, pues mientras el primero es de 3.8% y el segundo es de 3.4%. El descenso en este caso es de 10.5%.

Como puede verse, si lo que se quiere es argüir a favor de la eficacia de la Ley Integral respecto de la disminución de homicidios de mujeres por sus parejas, la cuestión es tomar como punto de referencia los años 2003 y 2004 (los más altos) y compararlos sólo con 2005 (el más bajo).

Otra posible respuesta sería que el objetivo de la Ley Integral no son los homicidios, puesto que esta no modifica las penas respecto de este delito, sino la vio-

⁵⁹ Una evaluación global crítica puede verse en Amnistía Internacional (2008).

⁶⁰ <<http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpi/cgpi/principal.htm>>.

lencia de baja intensidad, y sólo si se presume que hay una relación entre ambos,⁶¹ sería lógico esperar que el descenso en la violencia ocasional acabara repercutiendo en el número de homicidios a mujeres por parte de sus parejas masculinas.

El segundo objetivo de la Ley Integral sería el conseguir que disminuyera el número de mujeres que sufre violencia de baja intensidad a manos de su pareja masculina. En definitiva este tipo de comportamientos previstos en el artículo 153.1 (violencia ocasional), 171.4 (amenazas), y 172.2 (coacciones), son exactamente los que la ley modificó para elevar las penas cuando recayeran sobre la mujer pareja, previsiblemente con la finalidad de que la mayor pena tuviera unos efectos preventivos.

Si se observan las cifras disponibles para intentar verificar esta aseveración estos son los datos que encontramos.

Tabla 5. *Mujeres que sufren violencia de baja intensidad a manos de pareja masculina*

<i>Encuesta IM (Violencia contra la mujer)</i>	<i>1999</i>	<i>2002</i>	<i>2006</i>
Violencia en algún momento de la vida	5.1	6.2	6.3 (1.200.000)
Violencia en el último año	2.2	2.3	2.1 (400.000)

Fuente: Elaboración propia a partir de datos suministrados por el *Informe Ejecutivo*.

También en este caso, las cifras parecen desmentir la posibilidad de realizar alguna valoración positiva de la Ley Integral respecto la disminución de los casos de violencia de baja intensidad. Frente a esto el *Informe Ejecutivo* (páginas 32-35) responde que el número de mujeres que no sufre violencia durante el último año es mayor, lo que indica un impacto positivo de la Ley Integral.⁶²

Debido a que ni el número de mujeres muertas, ni tampoco el número de mujeres que declaran haber sido objeto de malos tratos, han disminuido, la solución parece ser recurrir a mostrar la actividad del sistema penal, las denuncias, las con-

⁶¹ Cerezo (2000, p. 423) entiende que puede haber una relación entre maltrato continuado y homicidio, pero este no sería el único factor de riesgo, sino si además la mujer se ha separado del hombre, si ha denunciado, o el número de años de convivencia.

⁶² De todos modos hay que destacar que el *Informe Ejecutivo* (2008) se refiere a Violencia de Género, en tanto que las Macroencuestas del Instituto de la Mujer se pregunta por violencia ejercida por cualquier miembro de la familia. El uso del concepto violencia de género y su limitación sólo a las parejas femeninas ocasiona que no se puedan usar todos los datos, como por otro lado se reconoce en el *Boletín Estadístico*. Número 1. Marzo 2007. Ministerio Trabajo Asuntos Sociales. Para una análisis crítico de cómo se usan los datos, véase Osborne, 2008.

denas. Ya en el inicio del *Informe*, se expone que “Más de 53 000 hombres han sido condenados a penas de prisión por violencia de género en estos años” (p. 2). Como se irá viendo, la mayor intervención penal es siempre considerada un éxito, independientemente de que disminuya el número de mujeres victimizadas.

Una vez declarado el número de hombres condenados, el informe continúa su exposición con el aumento de denuncias.

Tabla 6. *Cantidad de denuncias formuladas por violencia de género, por año*

Año	2005	2006	2007
Cantidad de denuncias	72.333	81.016	81.301

Fuente: Elaboración propia a partir de datos suministrados por el *Informe Ejecutivo*.

El incremento de denuncias podría dar lugar a alguna crítica, puesto que si estas aumentan, ello quizás es un indicador de que el problema, a pesar de la Ley Integral, no disminuye. Sin embargo, el *Informe Ejecutivo* ya anticipa que a pesar de que hay más denuncias ello es debido a que aumenta la sensibilidad, o dicho en otros términos, se denuncia más. En opinión del *Informe Ejecutivo*, esta aseveración se demuestra del siguiente modo: en 2006 hay 81 016 denuncias, si esto se compara con las mujeres que dicen haber vivido alguna vez violencia ello representa 6.8%, pero si se compara con las del último año es 20.2%.

El énfasis en la necesidad de que la mujer denuncie al sistema penal es tan insistente que se afirma que, a pesar de que aumentan las denuncias, no se incrementa el número de homicidios, por lo que “la denuncia no es un factor de riesgo por sí misma, como en ocasiones se ha tratado de presentar, más bien lo contrario” (p. 40).⁶³

En síntesis, la visión del *Informe Ejecutivo* es que se denuncia más, ello es debido a un aumento de la sensibilidad y este aumento de denuncias no conlleva un riesgo más alto de futura victimización para las mujeres.

Frente a esta visión hay que repensar cómo se compagina esto con el hecho de que la mayoría de mujeres muertas no han presentado denuncia, puesto que sólo 27.6% de las mujeres muertas han presentado denuncia con anterioridad (p. 61).⁶⁴

⁶³ Por el contrario para Amnistía Internacional (2008:15) los datos pueden leerse como un incremento del número de mujeres que mueren tras haber presentado denuncia. Robinson y Cook (2006, pp. 193-194) cita un estudio que encontró que el 20% de mujeres habían sido amenazadas a los tres meses de su denuncia inicial.

⁶⁴ El éxito parece apuntarse en el *Informe Ejecutivo* por el hecho de que de éstas sólo 20.7% tenían una Orden de Protección en vigor, en tanto que antes el porcentaje de mujeres muertas que habían denunciado y tenían una Orden de Protección en vigor era mayor.

Los datos indicativos de las víctimas mortales que no han denunciado previamente es recurrente, en 2009 de acuerdo con la ficha resumen del Ministerio de Igualdad, sólo 30% habían denunciado, y parece indicar la resistencia de muchas mujeres en grave riesgo a acudir al sistema penal y ofrece una base a las voces que reclaman la necesidad de orientar a las mujeres a instituciones intermedias para proteger a la mujer y disminuir el riesgo.

Una vez expuestas las tendencias respecto de las denuncias a continuación se ofrecen los datos agregados desde el 29 de junio de 2005, hasta el 31 de mayo del 2008. En este sentido se destacan el número de procesos incoados: 240 723, de los cuales finalizan 160 078, y el número de sentencias de 89 545, de las cuales 64 346 son condenatorias. Estos números buscan transmitir la idea acerca de la gran actividad judicial que se desarrolla, al tiempo que, implícitamente parecen querer destacarse la gravedad del problema, pues se destacan sólo aquellos casos que finalizan en sentencia condenatoria. Ello comporta que datos relevantes, a mi juicio, para el estudio criminológico, que son conocidos en otros países referidos a retractación de la víctima, sobreseimientos, absoluciones, o incluso la imposición de penas no privativas de libertad, sean omitidos del estudio.

Creo que esta omisión es debido a que los autores del *Informe Ejecutivo* procuran anticiparse a la crítica acerca del gran número de denuncias retiradas o de sobreseimientos, cuyas cifras son esgrimidas generalmente para criticar la amplitud de la intervención del sistema penal.

Es curiosa no obstante esta omisión puesto que el número de denuncias retiradas, de sobreseimientos o de sentencias absolutorias puede ser interpretado de diversas maneras. Puede ser un indicador de que las mujeres llaman a la policía pero no quieren denunciar posteriormente, o puede ser una muestra de su indecisión, pero también podría ser esgrimida, como sucede por ejemplo en Inglaterra,⁶⁵ para criticar precisamente la falta de apoyo de los profesionales de las fuerzas de seguridad o recursos de apoyo a la víctima o la falta de compromiso del sistema judicial penal.

En cualquier caso parece evidente que la forma de avanzar en la discusión acerca de la corrección de las medidas penales específicas adoptadas por la Ley Integral no es la de omitir los datos que de forma apriorística se cree pueden resultar perjudiciales.

Mostraré en primer lugar un pequeño gráfico que he elaborado partiendo de los datos proporcionados en el *Informe Ejecutivo*, que creo proporciona una visión más

⁶⁵ Véase Robinson y Cook (2006) donde se recoge el informe *Narrowing the Justice Gap* (2002) en el que se exponen los esfuerzos para intentar disminuir la brecha (el *gap*) entre los delitos denunciados o recogidos por la policía y las condenas (que se estima en una proporción de 5:1).

próxima a la realidad judicial de la violencia de género⁶⁶ y posteriormente intentará suministrar una interpretación del mismo.

En la primera fila, se consignan los datos proporcionados por el *Informe Ejecutivo* mientras que en la segunda fila se ofrecen mis deducciones vinculadas con uno de ellos.

Tabla 7. *Resultados de la aplicación de la Ley Integral*
(Período: 29/6/2005- 31/5/2008)

<i>Denuncias</i>	<i>Procesos incoados</i> ⁶⁷	<i>Finalizados</i>	<i>Sentencias</i>	<i>Condenatorias</i>	<i>Penas</i>	<i>Prisión</i>
234.650	240.723	160.078	89.545	64.346	302.957	53.282
Hay denuncias que se presentan a la policía y presumiblemente no llegan al juez	Hay atestados/ denuncias que probablemente no se incoan	Deducción: en trámite 80.645	Deducción: 70.533 sobreesidos (44.06%)	Deducción: 25.199 absolutorias		Representa 82.8% de las condenas

Fuente: Elaboración propia a partir de datos suministrados por el *Informe Ejecutivo*.

Si empezamos el análisis por las denuncias podemos observar que el aumento de las denuncias se valora de forma constante como un indicador de éxito. En mi opinión el hecho de que se deriven todos los casos de violencia contra las mujeres al sistema penal, ignorando que la intervención de los servicios sociales locales, de las organizaciones de mujeres, de los grupos de mujeres juristas de asesoramiento, de las fuerzas policiales y de las oficinas de atención a las víctimas serían suficiente para suministrar apoyo, protección e información, y que el sistema penal debería intervenir como *ultima ratio* en los casos de mayor gravedad.

Esta convicción no es sólo debido al riesgo de colapso del sistema penal, sino además debido a que entiendo que el sistema penal español es un sistema generalmente formalista que está poco orientado a la resolución de problemas, y por ello las mujeres que acuden con distintas pretensiones no sienten en la mayoría de los casos que éstas hayan sido satisfechas. Si bien no existe, que yo tenga cono-

⁶⁶ En el *Informe Ejecutivo* se alude constantemente a denuncias por violencia de género o condenas por violencia de género, pero a salvo de omisión mía en ningún momento se detalla que delitos concretos se toman en consideración para elaborar dichas estadísticas.

⁶⁷ Hay más procesos incoados puesto que una denuncia puede dar lugar a la incoación de más de un proceso.

cimiento, ninguna encuesta de satisfacción al respecto, ello puede explicar el fenómeno conocido como la “retirada de denuncias” que puede producirse frente a la policía o frente a los jueces.

En este sentido creo que es criticable que el *Informe Ejecutivo* desconozca el número de denuncias que se pretenden retirar o el número de procesos no incoados. Ignorar este número implica no poder estudiar a qué se debe este fenómeno, y quizás asumir que las denuncias no tramitadas, y los procesos no incoados obedecen al fenómeno conocido como “retirada de las denuncias” en vez de a los criterios de discrecionalidad que están operando en las fuerzas policiales o en el sistema judicial.

El siguiente dato, a mi juicio, relevante es, si mi deducción es correcta: el número de sobreseimientos que resulta en 44.06%.⁶⁸ La primera cuestión a comentar es si esta cifra es comparable con otros delitos. De acuerdo con Roldán (2009), en España la tasa de sobreseimiento es de 55%. Ello podría implicar que la cifra, respecto de delitos de violencia de género es menor y que en consecuencia se está condenando más que respecto de otro tipo de delitos.

Esta conclusión, no obstante, es apresurada pues hay que tener en cuenta que este 44.06% se produce en delitos en los cuales se conoce al autor. Por lo que la comparación no puede hacerse con todo tipo de delincuencia. Lamentablemente no disponemos del dato de cuantos delitos se sobreseen en los cuales el autor es conocido. Conocer el dato de sobreseimientos es relevante puesto que como he apuntado existe un discurso que afirma que hay demasiadas denuncias superfluas (que por ello luego se retiran). Por esto no es casual, a mi juicio, que estos datos sean omitidos por el *Informe Ejecutivo*. No obstante, el gobierno debería estar interesado en optimizar los recursos, no dirigiendo a la actividad judicial lo que podría solucionarse con otros mecanismos de intervención, pues si mi análisis no está errado, y a salvo de la corrección de los datos, creo que puede asumirse que de todos los casos que se denuncian se condena 27%, o lo que es igual de cada 10 denuncias sólo tres acaban en condena.

En segundo lugar, además de conocer el número de sobreseimientos, es necesario intentar investigar cuáles son los motivos. Es paradójico que este sobreseimiento se interprete como “retirada de denuncias” o “denuncias falsas”, y se culpe sólo a la mujer, como si el funcionamiento del sistema —el asesoramiento, el apoyo, y la protección— no tuvieran nada que ver con el número de sobreseimientos que se producen (Robinson y Cook, 2006).

⁶⁸ En AI (2008, p. 36) se señala que en 2005 los sobreseimientos eran 3847 y en 2007 ascendieron a 10 773 De acuerdo con mis cálculos, basados en los datos de IE, las cifras de sobreseimiento son incluso superiores.

En mi opinión, si estas cifras de sobreseimientos son certeras, es necesario estudiar a qué obedecen. Si se debe a que las mujeres retiran las denuncias y entonces los jueces se ven obligados a sobreseer, debe estudiarse qué motivos son los que conducen a las mujeres a retirar las denuncias. Y si se debe a la falta de actividad de las instituciones, como la recogida de pruebas por parte de la policía o la falta de acusación por parte del fiscal, entonces deberían también conocerse.

Finalmente, por lo que respecta al número de condenas a prisión, como ya he apuntado en el inicio del informe, se asevera que más de 53 000 hombres han sido condenados a prisión. A mi juicio, ni el aumento de condenas ni las penas de prisión son un indicador de mayor seguridad para las mujeres o de disminución de violencia contra mujeres.

Además debe señalarse que este dato es extremadamente ambiguo. En primer lugar, 53 282 penas de prisión no suponen “entrada” en prisión, no son datos de penas ejecutadas, sino datos de condenas a prisión que luego son objeto de ejecución. No sabemos, porque el *Informe Ejecutivo* nada indica acerca de ello, cuántas de estas penas de prisión se suspenden, por lo tanto sólo podemos ofrecer aproximaciones.

De acuerdo con nuestra investigación⁶⁹ respecto del artículo 153 de violencia ocasional, los jueces suspenden la pena de prisión en 70.7% de las ocasiones. Evidentemente, estos datos no pueden extrapolarse sin más a las condenas de prisión por “violencia de género” que recoge el *Informe Ejecutivo*, pues seguramente bajo este título hay delitos más graves y si éstos son de mayor gravedad es previsible que el número de suspensiones de la condena sea inferior (y prisión ejecutada sea mayor).

Esto, no obstante nuestra muestra acerca de la violencia ocasional, puede ser bastante representativa de la mayoría de sentencias dictadas por violencia de género, a tenor de lo que puede observarse en las estadísticas judiciales.⁷⁰ Éstas no recogen los delitos de violencia doméstica o de género, por tanto en las categorías de amenazas, coacciones, detenciones o bien homicidios, también hay violencia contra la mujer pareja.

Para ofrecer una aproximación, me limito a la categoría de lesiones –donde se incluye la violencia ocasional– y delitos contra la integridad moral –donde se incluye la violencia habitual–. Por lo que puede verse en la siguiente tabla, la mayoría de la actividad judicial se concentra en el artículo 153.

⁶⁹ Véase al respecto Antón y Larrauri (2009).

⁷⁰ <<http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpi/cgpi/principal.htm>>.

Tabla 8. *Porcentaje de delitos 2007*

	2007
Lesiones	(Varones) 16.704 (Total) 18.227
Delitos contra la integridad moral	(Varones) 324 (Total) 370

Fuente: Datos sobre la base del INE.

La segunda cuestión, que resulta también un poco sorprendente, es que si de 64 346 sentencias condenatorias hay 53 282 penas de prisión (p. 64 del *Informe Ejecutivo*), ello implica que esta pena se está imponiendo en 82.8% de los casos.

Por el contrario, de acuerdo con nuestra investigación, las condenas a prisión representan 60.8%, y el TBC 39.2%. De nuevo, podría argüirse que nuestra investigación se limita a la aplicación del artículo 153 y que en consecuencia los casos de mayor gravedad sí reciben más prisión, pero como ya he expuesto la mayor parte de datos del *Informe Ejecutivo* creo que se refieren al artículo 153. Otra explicación alternativa es que nuestros datos provienen de Cataluña donde previsiblemente la pena de TBC contaría con una mayor infraestructura. En cualquier caso, parece criticable que el *Informe Ejecutivo* preste tan poca atención a penas distintas de la de prisión, así como que omita cualquier mención a lo que es la gran novedad de la ley integral, esto es, la imposición de los programas formativos.

Para concluir, es positivo iniciar una cultura de la evaluación de las leyes, pero creo necesario que esta evaluación sea realizada por un organismo independiente, pues en caso contrario, más que políticas penales inspiradas por la evidencia, nos encontramos con una evidencia inspirada por las políticas (Gadd, 2004; Matthews, 2009).

BIBLIOGRAFÍA

- Amnistía Internacional (2008). *Obstinada realidad. Derechos Pendientes. Tres años de la Ley de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género*. Disponible en: <www.es.amnesty.org/campanas/no-mas-violencia-contra-las-mujeres/saber-as/informes-tematicos/violencia-de-genero>.
- Antón, L. y E. Larrauri (2009). “Violencia de género ocasional: un análisis de las penas ejecutadas”, en *Revista Española de Investigación Criminológica* (7). Disponible en <www.criminologia.net/reic.html#7>.
- Blay, E. (2007). “El trabajo en beneficio de la comunidad como pena para la violencia familiar”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* (19).
- Boix, J. y E. Martínez (coord.) (2005). *La nueva Ley Contra la Violencia de Género*. Madrid, España, Iustel.
- Boldova, M. A. y M. A. Rueda (2004, 14 de diciembre). “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal”, en *La Ley* (6146), año xxv. Madrid, España.
- _____ (coord.) (2006). *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*. Barcelona, España, Atelier.
- Bottoms, A. E., S. Rex y G. Robinson (2004). “How did we get here?”, en *Alternatives to Prison: Options for an insecure society*. Cullompton, Inglaterra, Willan Publishing.
- Bueno Arús, F. (1985). “A propósito de la reinserción social del delincuente”, en *Cuadernos de Política Criminal* (25).
- Cerezo Domínguez, A. I. (2000). *El homicidio en la pareja: tratamiento criminológico*. Valencia, España, Tirant lo Blanch.
- Cid, J. (2009). *La elección del castigo*. Barcelona, España, Bosch.

- _____ y E. Larrauri (2002). *Jueces penales y penas en España*. Valencia, España, Tirant lo Blanch.
- _____ (2005). “Penas alternativas y delincuencia violenta”, en J. Cid y E. Larrauri (coords.) *Delincuencia violenta: castigar o prevenir*. Valencia, España, Tirant lo Blanch.
- Consejo General del Poder Judicial (2005). “La Ley Integral de Medidas de Protección contra la Violencia de Género”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, tomo xxii. Madrid, España.
- _____ (2008a, 19 de septiembre). *Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género*. Grupo de Expertos/as en Violencia doméstica y de Género. Disponible en <www.observatorioviolencia.org/upload_images/File/DOC1224749408_guia_criterios_actuacion_judicial.pdf>.
- _____ (2008b). *Informe de víctimas mortales por violencia doméstica y violencia de género en el año 2008*. Servicio de Inspección. Disponible en <www.observatorioviolencia.org/upload_images/File/DOC1235984750_informe_muer-tas_2008.pdf>.
- Corcoy, M. L. (2006). “Delitos contra las personas: violencia doméstica y de género”, en S. Mir, M. Corcoy y V. Gómez (coords), *Nuevas tendencias en política criminal*. Madrid, España, Reus.
- Diez Ripolles, J. L. (2003). *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid, España, Trotta.
- Echeburúa, E. y J. Fernández-Montalvo (2007). “Male Batterers with and without Psychopathy: An Exploratory Study in Spanish Prisons”, en *International Journal of Offender Therapy and comparative criminology*, 51(3), 1254-1263.
- Estadística Básica (2009). *Serveis Penitenciaris, Rehabilitació i Justícia Juvenil*. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Disponible en <<http://www20.gencat.cat/portal/site/Justicia/menuitem.cc15117>>.
- Faraldo, P. (2006). “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho Penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *Revista Penal* (17), 72-94.
- Fernández-Montalvo, J., E. Echeburúa y P. Amor (2005). “Aggressors against women in prison and in the community: an exploratory study of a differential profile”, en *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 49(2), 158-167.
- Gadd, D. (2004). “Evidence-Led Policy or Policy-Led Evidence? Cognitive Behavioural Programmes for Men who are Violent Towards Women”, en *Criminal Justice*, 4(2), 173-197.
- Geltshorpe, L. y G. Mc Ivor, (2004). “Difference and diversity in probation”, en G. Mair (ed.), *What matters in Probation*. Cullompton, Inglaterra, Willan Publishing.

- Gomez Villora, J. M. (2007). "Cuestiones prácticas en la instrucción de los delitos contra la violencia contra la mujer, con especial referencia a la jurisprudencia emitida en estos tipos de delitos", en M. N. San Miguel y J. M. Gómez Villora (dirs.), *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la Ley Orgánica 1/2004*. Madrid, España, Consejo General del Poder Judicial (Colección Cuadernos de Derecho Judicial).
- Gondolf, E. (2002). *Batterer Intervention Systems*. Londres, Inglaterra, Sage.
- Gregory, C. y E. Erez (2002). "The Effects of Batterer Intervention Programs", en *Violence Against Women*, 8(2), 206-232.
- Hannah-Moffat, K. (2005). "Criminogenic needs and the transformative risk subject: Hybridizations of risk/need in penalty", en *Punishment & Society*, 7(1), 29-53.
- Hearn, J. y A. Whitehead, (2006). "Collateral damage: Men's "domestic" violence to women seen through men's relations with men", en *Probation Journal*, 53(1), 38-56.
- Hirsch, A. von (1993). *Censure and Sanctions*. Oxford, Inglaterra, Oxford University Press. Traducción al castellano (1998), *Censurar y castigar*. Madrid, España, Trotta.
- Hoyle, C. (2008). "Will she be safe? A critical analysis of risk assessment in domestic violence cases", en *Children and Youth Services Review*, 30(3), 323-337.
- Iñigo, E. (2005). "Aspectos penales de la LO 1/2004, de 28 de Diciembre", en J. Muerza (coord.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género*. Navarra, España, Aranzadi.
- Jacobs, J. (1982). "Sentencing by Prison Personnel: Good Time", en *UCLA Law Review* (30), 217-270.
- Johnson, M. (2008). *A typology of Domestic Violence. Intimate Terrorism, Violent Resistance and Situational Couple Violence*. Lebanon, Northeastern University Press.
- Larrauri, E. (2010). "Desigualdades de género y sistema penal", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM: Desafíos de la igualdad, desafíos a la igualdad*. Madrid (en prensa); también publicado en México. Disponible en <www.ifp.pgjdf.gob.mx /img/libros/RevistaSistemaPenal5600.jpg>.
- _____ (2009, febrero). "Igualdad y violencia de género: Comentario a la STC 59/2008", en *Revista para el Análisis del Derecho InDret*. Disponible en <www.in-dret.com>.
- _____ (2007). *Criminología Crítica y Violencia de Género*. Madrid, España, Trotta.
- _____ (2005a). "Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión", en S. Bagalupo y M. Canció Meliá (coords.), *Derecho penal y política transnacional*. Barcelona, España, Atelier.

- _____ (2005b). “¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad en La Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género?”, en *Cuadernos Penales José María Lidón* (2). Bilbao, España, Universidad de Deusto.
- Laurenzo, P. (2005, noviembre). “La violencia de Género en la Ley Integral”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (07-08). Disponible en <www.criminet.ugr.es/recpc>. También, en *Jueces para la Democracia* (54).
- _____ (2006). “Modificaciones de derecho penal sustantivo derivadas de la ley integral contra la violencia de género”, en *Cuadernos de Derecho Judicial* (4). Madrid, España, CGPJ.
- Lewis, R. (2004). “Making Justice Work. Effective Legal Interventions for Domestic Violence”, en *British Journal of Criminology*, 44(2), 204-224.
- Lila, M. y R. Conchell (2009). “Programa Contexto: programa de intervención para maltratadores en la provincia de Valencia”, en *ReCrim*. Disponible en <www.uv.es/recrim>.
- Mair, G. (2004). “Diversionary and non-supervisory approaches to dealing with offenders”, en A. Bottoms, S. Rex y G. Robinson (eds.), *Alternatives to Prison*. Cullompton, Inglaterra, Willan Publishing.
- Maqueda, M. L. (2006). “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral”, en *Revista Penal* (18), 176-187.
- Martínez, M. y Pérez, M. (2009, julio-agosto). “Evaluación de un programa de tratamiento con maltratadores encarcelados”, en *Boletín Criminológico* (115).
- Matthews, R. (2009). “Beyond “so what?” criminology”, en *Theoretical Criminology*, 13(3), 341-363.
- Medina, J. J. (2002). *Violencia contra la mujer en la pareja*. Valencia, España, Tirant lo Blanch.
- Miguel, A. de (2006). “La “violencia de género” y otras iniquidades”, en *Cuadernos de pensamiento político*. Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales. Disponible en <http://documentos.fundacionfaes.info/document_file/filename/417/00062-09__la_violencia_de_genero.pdf>.
- Ministerio de Igualdad (2009, 30 de julio). *Información estadística de violencia de género*. Informe semestral. Disponible en <www.migualdad.es>.
- _____ (2009, 12 de mayo). *II Informe anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer. Informe Ejecutivo*. Disponible en <www.migualdad.es>.
- _____ (2008). *Evaluación de la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre. Informe Ejecutivo*. Disponible en <www.migualdad.es>.
- Moller Okin, S. (1989). *Justice, Gender and the Family*. Estados Unidos, Basic Books.
- Muñoz Conde, F. (1979). “La resocialización del delincuente: Análisis y crítica de un mito”, en *Sistema* (31), 73-84.

- Netter, B. (2007). "Using Group Statistics to Sentence Individual Criminals: an Ethical and Statistical critique of the Virginia Risk Assessment Program", en *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 97(3), 699-729.
- Osborne, R. (2008). "De la 'violencia' (de género) a las 'cifras de la violencia': una cuestión política", en *Empiria* (15), 99-124.
- Peñaranda, E. (2008). "¿Qué puede hacer el derecho penal contra la violencia de género?", en *Debate* (2). Facultad de Derecho, UAM.
- Queralt, J. J. (2006, 13 de febrero). "La última respuesta penal a la violencia de género", en *Revista La Ley* (6420), año XXVII.
- Raynor, P. (2007). "Risk and need assessment in British probation: the contribution of LSI-R", en *Psychology, Crime & Law*, 13(2), 125-138.
- Raynor, P. y G. Robinson (2009). "Why help offenders? Arguments for rehabilitation as a penal strategy", en *European Journal of Probation*, 1(1). Disponible en <www.ejpro.ro>.
- Redondo, S., F. Pozuelo y A. Ruiz (2007). "El tratamiento en las prisiones: Investigación Internacional y su situación", en A. Cerezo Domínguez y E. García España (coords.), *La prisión en España*. Granada, España, Comares.
- Robinson, A. y D. Cook (2006). "Understanding Victim Retraction in Cases of Domestic Violence: Specialist Courts, Government Policy, and Victim-Centred Justice", en *Contemporary Justice Review*, 9(2), 189-213.
- Robinson, G. y F. McNeill (2004). "Purposes matter: examining the "ends" of probation", en G. Mair (ed.), *What matters in Probation*. Cullompton, Inglaterra, Willan Publishing.
- Roig, M. (2006, enero). "La suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad de los delitos relacionados con la violencia de género", en *Derecho y Proceso Penal* (15).
- Roldán, H. (2009). *Introducción a la investigación criminológica*, 2ª ed. Granada, España, Comares.
- Ruiz Miguel, A. (2006, marzo). "Violencia de género y discriminación positiva", en *Jueces para la Democracia* (55), 35-47.
- Rueda, M. A. (2007). *Los programas y/o tratamientos de los agresores en supuestos de violencia de género*. Madrid, España, Dykinson.
- Scott, K. (2004). "Predictor of Change among Male Batterers", en *Trauma, Violence & Abuse*, 5(3), 260-284.
- Silva, J. M. (1999). *La expansión del derecho penal*, 2ª ed. Madrid, España, Civitas.
- Tata, C., N. Burns, S. Halliday, N. Hutton y F. McNeill (2008). "Assisting and advising the sentencing decision process", en *British Journal of Criminology* (48), 835-855.

LA PROTECCIÓN DE LA MUJER CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN ESPAÑA

Enrique Bacigalupo

1.

Desde 2004, España cuenta con una Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género,¹ que culminó un desarrollo, comenzado bastantes años antes, con cambios en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en los que la dignidad de la persona y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, protegidos en el artículo 10 de la Constitución de España, han tenido un papel central. El reconocimiento de la dignidad de la persona de las mujeres comenzó en Estados Unidos con modificaciones conceptuales, tanto en el derecho penal material como en el procesal, respecto del delito de violación.² Es evidente que el delito de violación es el más acabado paradigma de la gravísima ofensa a la dignidad de la persona y, por medio de su evolución, es posible percibir la evolución de la posición social de la mujer.

Así ocurrió también en España. Cuando, en 2004, el legislador español dictó la Ley Orgánica 1/2004 (LO 1/2004), la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya había introducido cambios significativos en defensa de las mujeres que habían sido sujetos pasivos de violencia por parte de hombres y modificado la visión que de ellas

¹ Ley Orgánica 1/2004.

² Cfr. G. Fletcher, *The Grammar of the Criminal Law* (2007), traducido por F. Muñoz Conde, *Gramática del derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008, pp. 106 y ss.; con cita de S. Brownmiller, *Against our will: Men, Woman and Rape*, Nueva York, The Ballantine Publishings Group, 1993; S. Estrich, "Rape", en *95 Yale Law Review*, 1986, p. 1087.

reflejaba la jurisprudencia anterior sobre la violación, modificando así la situación de la mujer víctima del delito en el derecho penal.

Por lo pronto, la jurisprudencia había rechazado, desde hacía muchos años, el punto de vista de la doctrina minoritaria que entendía que la violación de una prostituta no era jurídicamente posible. La opinión de la doctrina se basaba en que la prostituta no podía ser considerada honesta y que, en la medida en que la violación era un delito contra la honestidad, no cabía admitir que el hecho hubiera vulnerado el bien jurídico protegido por el delito. En tales casos, sólo cabía –pensaba una parte de la teoría– condenar por un delito de coacciones.³

Fuera de este supuesto, la jurisprudencia dignificó la posición *procesal* de la víctima en los delitos de violación. La jurisprudencia excluyó, en este sentido, que la mujer pueda ser preguntada en el juicio por sus costumbres o por su pasado sexual. De esta manera, el Tribunal Supremo extrajo consecuencias procesales de la reinterpretación del bien jurídico protegido del delito de violación, que desde 1848 hasta los años 50 del siglo pasado había sido entendido como un delito contra la “honestidad”, hasta que la jurisprudencia se independizó del texto del título bajo el que el Código Penal de 1944 consideraba el delito de violación y definió el bien jurídico como la “libertad sexual” de la mujer.⁴

En la reforma de 1989, ya el mismo legislador se hizo cargo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y modificó el acápite del título IX del Código Penal (CP), que desde 1944 consideraba los delitos de violación y de abusos deshonestos como hechos punibles contra la honestidad, y los denominó “delitos contra la libertad sexual”. Este cambio comportaba una trascendente modificación de la posición social de la mujer, dado que se le reconocía el *derecho* a la libertad sexual, eliminando de esta manera la concepción tradicional que, en lugar de reconocer sus derechos, trataba a la mujer sólo como sujeto de un *deber* de honestidad.

La jurisprudencia también desechó, en segundo lugar, el punto de vista de una parte de la doctrina que sostenía que la violación dentro del matrimonio no constituía violación, porque estaba justificada por el ejercicio de un derecho previsto como causa de justificación en el CP;⁵ esta doctrina estimaba que tales conductas constituían simplemente un delito de coacciones, salvo cuando la mujer haya tenido derecho a resistirse al acceso carnal. Por lo tanto, el derecho a la libertad sexual también fue reconocido por jurisprudencia a la mujer casada frente a su propio marido.

³ Cfr. SSTs 4/12/1906 y 17/11/1956.

⁴ Entre otras, STS 17/11/1956.

⁵ E. Cuello Calón, *Derecho penal*, t. II, Barcelona, Bosch, 1967, pp. 534 y ss. Por su parte, E. Gimbernat Ordeig pensaba que el acceso carnal violento con la esposa no debía ser ni siquiera típico, dado que el acto del marido no es deshonesto aunque emplee violencia o intimidación. *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1976, p. 200.

En esta misma línea, la jurisprudencia del Tribunal Supremo reinterpretó el momento consumativo de la violación, que hasta entonces requería una penetración vaginal de la mujer, aunque no fuera completa, por parte del autor. El acceso carnal sin alcanzar la vagina se consideraba simplemente tentativa. La nueva interpretación consideró que la dignidad de la mujer resultaba ya lesionada cuando había contacto directo de los órganos sexuales (*coniunctio membrorum*), aunque no se produjera una penetración desde una perspectiva meramente naturalista.

También ha sido importante la evolución de la jurisprudencia en lo referente a la prueba de la violación, dado que en muchos casos se prescindía de que la denuncia de la mujer pueda ser convincente para el tribunal, aunque éste no cuente con otras corroboraciones.

En este contexto –aunque sus efectos sobre la mujer hayan sido sólo indirectos–, es preciso mencionar la nueva interpretación dada por el Tribunal Supremo al delito de parricidio (artículo 405 del CP de 1973), hoy derogado. La jurisprudencia tradicional consideraba que, mientras el vínculo jurídico conyugal existiera formalmente, el homicidio del cónyuge debía ser considerado parricidio, un supuesto considerablemente agravado del homicidio. Esta interpretación, en los hechos, solía perjudicar a la mujer que reaccionaba violentamente contra un marido que la había maltratado y humillado durante largos años. La nueva interpretación, anterior a la derogación, estableció que la ruptura de hecho de la relación afectiva como consecuencia de la conducta del cónyuge debía excluir la aplicación de la figura agravada del parricidio.

En suma, la sanción de la LO 1/2004 viene a culminar una larga evolución de la cultura jurídica española respecto de la dignidad de la mujer.

2.

El punto de partida de la Ley española de Protección Integral contra la Violencia de Género es la comprobación de que el derecho penal puede punir al delincuente, pero el problema social generado por el delito no se resuelve sólo con la punición del autor del delito. El legislador comprendió que el problema de la violencia de género no es una excepción y que, en este ámbito, una respuesta puramente penal era insuficiente.

Para que el derecho penal sea la *ultima ratio* de la política social, como se viene predicando desde los años sesenta del siglo pasado, es preciso que haya una política social y que ésta, sobre todo, disponga de medidas adecuadas de reparación para la víctima. En los delitos violentos cometidos continuamente contra las mujeres, por regla, el autor sufrirá, dada la gravedad del hecho, una pena privativa de libertad que, en verdad, incrementará su incapacidad de satisfacer la reparación

merecida por la mujer, pues no le permitirá trabajar y obtener ingresos para la reparación del daño causado, que en gran medida depende de una costosa financiación. Es posible, aunque no es seguro pues no está empíricamente demostrado, que la pena tenga un efecto preventivo general y que prevenga algunos casos de delitos futuros, pero hacia el pasado, la pena, como tal, no será más que una reparación puramente simbólica de la víctima. La verdadera reparación requiere de una específica política social que contemple una reparación real.

Por estas razones, la ley española no es sólo una ley penal, aunque su parte penal ocupe una parte importante de la misma y en la Exposición de Motivos posiblemente se preste a este aspecto más atención que la que acaso hubiera sido deseable. En el artículo 2o. se fijan los fines a alcanzar, que no se limitan sólo a la situación del autor y de la víctima, sino que contemplan también la acción sobre la sociedad. En este sentido la ley se propone fortalecer la sensibilización de la ciudadanía mediante medidas concretas en el ámbito educativo, en el de los servicios sociales, en el sanitario, el publicitario y los mediáticos. Asimismo se consagran derechos de las mujeres víctimas de violencia de género exigibles ante las administraciones públicas, garantizarles derechos económicos y en el ámbito laboral y funcional adecuados a su situación. De esta manera, la víctima no ve limitada la reparación por las posibilidades económicas del autor del delito, como ocurre por regla en el derecho penal, sino que existe una acción social de reparación a la que tiene derecho.

Las medidas previstas en la ley son de varios tipos. Respecto de las “medidas de sensibilización, prevención y detección”, que forman parte del título primero de la ley, se prevé, en primer lugar, la puesta en marcha de un Plan Nacional de sensibilización y prevención de la violencia de género (artículo 3o.), destinado tanto a hombres como a mujeres, con el propósito de introducir nuevas escalas de valores basadas en la igualdad entre hombres y mujeres. Estos mismos valores deben ser especialmente incorporados al sistema educativo (artículo 4o.) desde la educación infantil hasta la universidad, cuidando el Estado que se eliminen de los materiales educativos “los estereotipos sexistas o discriminatorios” (artículo 6o.) referentes a las relaciones entre hombres y mujeres. La ley impone como finalidad educativa un especial entrenamiento de los educandos en la solución pacífica de conflictos y el respeto de la dignidad de las personas y de la igualdad entre los sexos. Estas finalidades van acompañadas de programas de formación permanentes del profesorado (artículo 7o.).

El programa educativo general se completa con lo que puede ser considerado un programa de educación social a través de los medios de comunicación. El artículo 10 de la ley considera “ilícita la publicidad que utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio”. También los medios de comunicación deben no sólo erradicar contenidos que favorezcan la desigualdad de la mujer, sino

además fomentar “la protección y salvaguarda de la igualdad entre hombre y mujer” (artículo 12). No sólo el gobierno puede ejercitar las acciones de publicidad ilícita en este sentido, sino también “las Asociaciones de tengan como único objetivo la defensa de los intereses de la mujer”.

En el ámbito sanitario la ley prevé programas específicos de sensibilización y formación continuada del personal sanitario “con el fin de mejorar e impulsar el diagnóstico precoz, la asistencia y la rehabilitación de la mujer en situaciones de violencia de género”, para lo cual se constituye una Comisión contra la violencia de género en el seno del Consejo Interregional del Sistema Nacional de Salud.

Se puede decir que mediante estos programas la ley acomete la difícil tarea de modificar estereotipos sociales que fomentan la violencia de género, asumiendo, de alguna manera y ciertamente dentro de precisos límites, la premisa de algunos criminólogos críticos de los programas de resocialización del autor del delito, que proponían como prioritario “resocializar a la sociedad”. En este sentido, la ley admite que para la prevención de estos hechos es necesario no sólo actuar sobre el autor del delito para evitar su reincidencia, sino fortalecer la prevención general atribuida al derecho penal mediante un programa de acciones sobre la sociedad misma. En este giro de la orientación de la política en esta materia reside su mérito, más que en el acierto y el éxito de los programas concretos.

3.

Comencemos, entonces, por la *política social*. La política social de la LO 1/2004 se basa en el reconocimiento de derechos, planes de sensibilización de la opinión pública sobre el problema de la violencia de género, educación, asistencia sanitaria, medidas laborales y ayudas económicas de las víctimas. Dentro de los presupuestos y de la estructura de la ley que surge de ellos, es de tener en cuenta que la debilidad de la víctima de la violencia de género con alta frecuencia está unida a su dependencia económica y social del agresor. Este aspecto de la realidad criminológica y victimológica del problema condiciona buena parte de la política social estructurada por la LO 1/2004.

Respecto del reconocimiento de derechos especiales para la mujer que ha sido objeto de violencia de género, la ley no distingue a las mujeres por su origen, religión o por cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Esta decisión del legislador tiene importancia en una sociedad como la española, en la que se cuenta con un amplio número de inmigrantes.

En primer lugar las víctimas, incluidas las que sufren alguna discapacidad, tienen derecho a ser informadas de los servicios sociales de atención, de emergencia y de las ayudas previstas (artículo 18).

Estos servicios incluyen en particular el apoyo, la acogida y la recuperación integral, que garantiza atención psicológica, ayuda para la formulación de reclamaciones, tratamiento educativo de la unidad familiar, inserción social y formación preventiva en valores de igualdad con el fin de favorecer el desarrollo personal, etc. (artículo 19), así como asistencia jurídica gratuita cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar, que en el caso de muerte se extiende a sus causahabientes. Esta asistencia social integral se extiende inclusive a los menores que se encuentren bajo la patria potestad o guarda y custodia de la persona agredida.

Un aspecto muy importante de la ley se refiere a los derechos laborales y a las prestaciones de la Seguridad Social. En primer lugar se prevé un derecho a la “reducción y reordenación de su tiempo de trabajo, en los términos previstos por el Estatuto de los Trabajadores, así como beneficios en lo concerniente a las cotizaciones a efectos de la Seguridad Social. En su caso, también se prevé la compensación de las obligaciones sociales de las empresas que puedan verse afectadas por estas medidas (artículo 21).

Para la trabajadora por cuenta propia, la ley prevé una suspensión de sus obligaciones de cotización social por el término de seis meses.

Las medidas se refieren también a un programa especial que estará incluido en un plan de empleo específico para víctimas de la violencia de género inscritas como demandantes de empleo (artículo 22). En el programa, se incluye a las mujeres desde que hayan sido objeto de una orden de protección a su favor.

Todas estas medidas se aplican también a las funcionarias (artículos 26 y ss.).

La protección de las víctimas se extiende también a aspectos económicos. El artículo 27 de la LO 1/2004 dispone que cuando las víctimas de violencia de género careciesen

...de rentas superiores, en cómputo mensual, al 75% del salario mínimo interprofesional [...] recibirán una ayuda de pago único, siempre que se presuma que debido a su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales, la víctima tendrá especiales dificultades para obtener un empleo y por dicha circunstancia no participará en los programas de empleo establecidos para su inserción profesional.

Esta ayuda es equivalente a seis meses de subsidio de desempleo y podrá extenderse hasta doce meses cuando la víctima tenga una minusvalía de cierta importancia (33%). Asimismo, cuando la víctima tenga responsabilidades familiares el importe de la ayuda podrá alcanzar hasta 18 meses de subsidio de desempleo o a 24 meses cuando tenga a su cargo familiares con una considerable minusvalía (33%).

Estas ayudas son compatibles con las previstas en la LO 35/1995, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de delitos violentos y contra la Libertad Sexual.

A estas ayudas económicas, se suman otras que también tienen un carácter económico indirecto, como la prioridad que se acuerda a las víctimas de violencia de género para el acceso a viviendas protegidas y residencias públicas para mayores (artículo 28).

4.

La administración de estas medidas requiere de un aparato estatal específico que la ley denomina conjuntamente como “tutela institucional” (artículos 29/32) y como “tutela judicial” (artículos 43 y ss.). En este sentido, la ley prevé, en primer lugar, la creación de una Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, adscrita al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, cuya competencia es la de formular políticas públicas en esta materia, coordinar e impulsar “cuantas acciones se realicen” en este ámbito.

También se prevé como organismo específico adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales un Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, al que corresponderán labores de estudio, asesoramiento, colaboración institucional y propuestas de actuación en materia de violencia de género.

En el marco de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se prevé, asimismo, la creación de unidades especializadas en la prevención de la violencia de género y el control de la ejecución de las medidas judiciales adoptadas. Finalmente, se establece que estas unidades deberán contemplar la situación de mujeres sometidas a un mayor riesgo de sufrir violencia de género o que tengan mayores dificultades para acceder a los servicios previstos por la ley, especialmente por pertenecer a minorías, ser inmigrantes o padecer exclusión social o discapacidad (artículo 32).

La ley de violencia de género prevé, por otra parte, Juzgados especializados en violencia sobre la mujer (artículos 43 y ss.) y una Fiscalía contra la violencia de género (artículo 70).

Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer son competentes para la instrucción de los delitos de homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, “siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género”. También este Juzgado es competente para la adopción de órdenes de protección de las víc-

timas. Asimismo estos Juzgados tienen competencia respecto de las cuestiones del derecho de familia implicadas en los casos mencionados (artículo 44).

La Fiscalía contra la Violencia sobre la Mujer, organizada en secciones especiales ante los diversos tribunales, interviene –entre otras competencias específicas– “en los procedimientos penales por los hechos constitutivos de delitos o faltas cuya competencia esté atribuida a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer” (artículo 71).

Recientemente, el Ministerio de Igualdad ha implementado un servicio de consultas telefónicas para *hombres* sobre los problemas que puedan surgir en su relación de pareja. La medida tiende a prevenir situaciones violentas mediante el consejo basado en posibilidades jurídicas de solución. La capacidad preventiva de la medida no puede ser todavía valorada, pero, en principio, es indudablemente adecuada para el fin perseguido. No obstante, ciertos sectores de opinión rechazan esta medida con el argumento, en verdad poco sostenible, de que constituye “un teléfono para maltratadores”.

5.

Una vez expuesta la estructura normativa de la ley española contra la violencia de género, debemos tratar sus presupuestos conceptuales criminológicos y victimológicos de esta ley.

En la Exposición de Motivos, se señalan en primer lugar los elementos que caracterizan al autor mediante una definición de la violencia que es objeto de la ley. Se dice, en este sentido, que “se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas por sus agresores carentes de derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”. Es decir, la ley se refiere a autores que obran con una determinada actitud subjetiva de desprecio hacia los derechos de la mujer y caracteriza el conflicto social que es objeto de su regulación como un conflicto entre un hombre y una mujer.

Respecto de la víctima, se hace referencia en dicha Exposición de Motivos a la IV Conferencia Mundial de 1995 de la Organización de las Naciones Unidas y a la

...definición técnica del síndrome de la mujer maltratada que consiste en las agresiones sufridas por las mujeres como consecuencia de los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una posición de subordinación al hombre y manifestada en los tres ámbitos básicos de relación de la persona: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en la vida laboral.

En ambos casos el legislador se ha valido de una tipología descriptiva, que sólo se refiere a las causas del fenómeno de una manera muy general como “condicionantes socioculturales”. Esta técnica descriptiva es conocida en la criminología y a ella se le asigna cierta importancia para la investigación de los tratamientos adecuados a cada tipo de delincuente.⁶ Sin embargo, la ley no ha sacado consecuencias del tipo de autor que ha descrito en la Exposición de Motivos para dar cumplimiento al mandato constitucional del artículo 25.2 de la Constitución sobre la finalidad reeducadora de las penas privativas de la libertad. Hubiera sido deseable que, junto con la agravación de las penas previstas para estos autores, se hubieran hecho consideraciones precisas sobre el tratamiento penitenciario específico al que deben ser sometidos los autores de estos delitos para evitar su reincidencia al ser puestos en libertad. Ciertamente, en la Ley General Penitenciaria (artículos 100 y ss) se prevén las líneas generales del tratamiento penitenciario. Sin embargo, en una ley integral como la LO 1/2004, se deberían haber diseñado las líneas específicas del tratamiento de los autores cuya descripción contiene la Exposición de Motivos.

La descripción del tipo de autor de la Exposición de Motivos genera a primera vista la apariencia de que el legislador ha querido establecer en esta materia un derecho penal de autor, es decir un derecho penal basado radicalmente en la prevención especial. Cierta terminología popular que referida al autor de estos delitos como “el maltratador” fortifica la impresión de que existe una tendencia a entender este problema criminológico con las categorías del derecho penal de autor. Sin embargo, dicha definición no ha tenido una verdadera trascendencia para la elaboración de los tipos penales, pues en general el legislador no ha incorporado la actitud subjetiva del autor en los tipos penales de las lesiones, las amenazas y las coacciones, sino que ha previsto una agravación de la pena de las lesiones (artículo 148 del CP), los malos tratos (artículo del 153 CP), las amenazas (artículo 171 del CP), y las coacciones (artículo 172 del CP), siempre y cuando la víctima “fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad”.

Es evidente que el ejercicio de violencia dirigida a la mujer por el sólo hecho de ser mujer, considerándola –el agresor– como carente de derecho a la libertad, al respeto y a su capacidad de decisión también puede darse en casos en los que no haya existido una previa relación de afectividad. Por ejemplo: en el maltrato de una prostituta o de una mujer con la que se tiene una relación ocasional. En estos supuestos, sin embargo, parece que sólo sería aplicable la circunstancia agravante

⁶ Véase H. Schöch, “Strafzumessung”, en G. Kaiser, F. Sack y H. Schellioss, *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, Friburgo, Herder, 1974, pp. 362 y ss

genérica, prevista en el artículo 22.4 del CP, para los que cometan el delito “por motivos de discriminación [...]” referentes al sexo de la víctima.

Por otra parte, en la medida en la que los conflictos entre hombre y mujer se circunscriben a alguna relación de pareja de una cierta permanencia, la suposición del legislador de que en los casos de la violencia de género operan “condicionantes socioculturales”, como dice la Exposición de Motivos de la LO 1/2004, no deja de ser, sin duda, acertada, pero es, al mismo tiempo, demasiado estrecha toda vez que se está aludiendo a conflictos con un alto contenido emocional, aspecto que debería ser tenido en cuenta en la descripción criminológica del fenómeno criminal que estamos tratando. Los aspectos pasionales de los delitos cometidos en esta situación han sido subrayados ya en las primeras clasificaciones de delincuentes.⁷ Ello no quiere decir que el aspecto pasional deba ser considerado, necesariamente, como un fundamento de atenuación de la pena, sino, simplemente, que es preciso tenerlo en cuenta para el tratamiento de rehabilitación y, en todo caso, para completar la pena con una medida de seguridad para el mismo.

6.

Una vez expuesto el contenido normativo de la LO 1/2004, deben ser considerados los aspectos de la aplicación de la ley que son más relevantes y discutidos.

En primer lugar, se plantea en la práctica el problema de si la aplicación de las penas agravadas que se prevén para el hombre en los delitos de lesiones, malos tratos, coacciones y amenazas son aplicables siempre que se trate de la agresión de un hombre a una mujer entre los que existió una relación sentimental; o si, por el contrario, se requiere una especial actitud subjetiva del autor.

La Audiencia Provincial de Barcelona entiende que esta actitud subjetiva debe ser acreditada en cada caso concreto, y así lo expresa en diversas sentencias, basándose en que la LO 1/2004 dice en su artículo 1o., que “la presente ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”. Por lo tanto, consideran diversas secciones de la Audiencia y Juzgados de lo Penal,⁸ que no es suficiente con comprobar el tipo objeti-

⁷ Véase E. Ferri, *Principii di diritto criminali*, Turín, Utet, 1928, p. 43.

⁸ Cfr., entre otras, la sentencia del Juzgado de lo Penal Nº 15 de Barcelona del 30/9/2009 (JR No. 262/2009).

vo del delito, sino que se requiere también que el hombre haya actuado movido por el propósito de discriminar y de expresar una actitud de poder sobre la mujer.

El Tribunal Supremo no ha tenido todavía que pronunciarse sobre esta cuestión.

Las opiniones de los operadores jurídicos están divididas al respecto. Al parecer, la Audiencia Provincial de Madrid no comparte el punto de vista de la de Barcelona.⁹ Es claro que, en esta problemática, se pone de manifiesto la situación creada por el empleo en la Exposición de Motivos de la LO 1/2004 y en su articulado de la retórica del derecho penal de autor que antes hemos señalado.

Un segundo problema que se plantea es el de la aplicación al autor de la atenuante prevista para los casos en los éste obra en estado de ebriedad o de intoxicación por otras drogas (artículo 20.2 del CP). Los datos indican que gran parte de estos hechos son cometidos en estados de intoxicación alcohólica o por la ingestión de drogas. Una reforma presentada en estos días en el Congreso de los Diputados (diario *El País*, Madrid, 11/11/2009, p. 33) quiere invertir el significado de la ebriedad o de las consecuencias de las drogas en el autor y convertir la actual atenuante en una circunstancia agravante de la pena. Se trata, por lo tanto, de una reducción, aunque sólo en parte, del principio de culpabilidad y de un avance en la línea del derecho penal de autor.

En efecto, hasta ahora la atenuante del artículo 20.2 del CP está sujeta los principios de la *actio libera in causa*. Es decir, el juicio sobre la capacidad de culpabilidad es retrotraído al momento anterior a la ejecución de la acción típica, de tal forma que si la embriaguez o la intoxicación determinante de la inimputabilidad era preordenada para la comisión del delito, el autor era punible por el delito doloso, mientras que si era imprudente lo era por el delito imprudente. El artículo 21.2 del CP prevé que en casos de grave adicción al alcohol y a las drogas la pena sea atenuada, lo que debe ser entendido como un supuesto de imputabilidad disminuida.

Un tercer problema relacionado con la aplicación de la LO 1/2004 se refiere a las medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas, particularmente de las previstas en el artículo 64 de la ley (salida del domicilio, alejamiento y suspensión de las comunicaciones). El quebrantamiento de estas medidas es punible de acuerdo con el artículo 468 del CP, con pena de seis meses a un año de prisión en el caso de las medidas de protección dictadas a favor de una víctima de violencia de género. Se discute en la jurisprudencia si en estos casos el consentimiento de la mujer que renuncia, transitoria o definitivamente, a la protección judicialmente ordenada excluye la tipicidad o la antijuricidad del quebrantamiento de la medida. La mayoría de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha entendido que el consentimiento es irrelevante. La minoría, por el contrario, ha considerado que,

⁹ M. Ceberio Belasa, "El machismo, ¿tiene que probarse?", en *El País*, 1 de noviembre de 2009, p. 40.

mientras no consten causas que excluyan la validez del consentimiento, éste debe ser eficaz y, por lo tanto, excluir la tipicidad del delito de quebrantamiento de la medida de protección de la mujer. Por el contrario, cuando el alejamiento sea una pena accesoria el consentimiento de la mujer será ineficaz. El punto de vista de la minoría se basa en el respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad de la mujer, que, como se dijo, está reconocido en el artículo 10 de la Constitución.

También se discute sobre la justificación de prever para el mismo delito de lesiones (artículo 153.2 del CP) una pena más grave para el varón que para la mujer. El Tribunal Constitucional ha considerado que tal diferenciación de las penas no infringe el derecho a no ser discriminado por razón del sexo previsto en el artículo 14 de la Constitución española.¹⁰

7.

Por último, haré una breve referencia al problema de los medios de comunicación y la violencia de género. Algunas opiniones han sugerido que la forma en la que los medios de comunicación tratan este problema, dándole un gran protagonismo, aunque ciertamente negativo, al autor del delito, incluso cuando éste después de agredir a la mujer se suicida, es contraproducente, pues tendría un efecto de imitación en quienes viven situaciones conflictivas con su pareja. No se dispone de datos específicos que confirmen esta hipótesis.

Dos estudios realizados en la Universidad de Alicante recientemente, hasta ahora sólo difundidos periódicamente (diario *El País*, Madrid, 26/10/2009: 35), ponen en duda la hipótesis del efecto de imitación, afirmando que la probabilidad de que la difusión de las noticias sobre medidas contra la “violencia machista” influya generando actos de esa naturaleza es sólo de 10%. Se señala, en dichos estudios, que entre 2003 y 2007 hubo 340 muertes, y 2 362 noticias de prensa y 3 733 de televisión. Con estos datos, se llega a la conclusión de que “el número de muertes posterior a la difusión de una información fue inferior al número de muertes precedentes” y que ello sugiere que la información, en realidad, “reduce el riesgo de mortalidad por violencia de género”.

No es posible hacer ahora un juicio definitivo sobre estas conclusiones, que sólo se conocen por informaciones periódicas. Pero habrá que estudiar seriamente este problema.

¹⁰ SSTC 59/2008 (sobre el artículo 153.1 del CP); 45/2009 (171.4. del CP); 127/2009 (artículo 172.2 del CP).

CONTROL SOCIAL, DERECHO PENAL Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

Lucila Larrandart

En el presente trabajo, se analizan las diferentes posiciones adoptadas por los enfoques de género en relación con la forma de abordar los conflictos en los que resultan víctimas las mujeres. En el estado actual del debate, se distinguen dos posiciones, en cierto modo, contrapuestas.

Por un lado, está la posición de quienes sostienen que el derecho penal permitiría mejorar el abordaje y, en algunos casos, la resolución de los conflictos, ya sea porque efectivamente lo logre o por el efecto simbólico que tendría la ley penal en la sociedad. Así, un sector del movimiento feminista y de las organizaciones de género reclama la tipificación de ciertas conductas delictivas (por otra parte ya previstas en los códigos penales, sin distinciones por sexo en cuanto a la responsabilidad penal), cuando la víctima sea una mujer, con penas más graves, o bien que se amplíe la definición de violencia con precisión suficiente para no afectar principios constitucionales.

Por otro lado, la postura de quienes consideramos que esta no es la vía que debe seguirse y que los conflictos se han de resolver fuera del derecho penal, sea en otras ramas del derecho o mediante enfoques ajenos al campo jurídico. Ello porque el derecho penal, más allá de las graves consecuencias que genera, no ha solucionado ningún conflicto, sea o no de género, al adoptar un enfoque que reduce todo a la mera intervención punitiva.

Hoy en día, y luego de un prolongado debate doctrinario, hay posiciones dentro del derecho penal que propugnan por la descriminalización y la reconducción de los conflictos –pues el delito no es sino el emergente de esos conflictos– hacia una esfera distinta del derecho punitivo, ámbito donde el Estado expropia el conflicto a

la víctima, profundizándolo. No se trata de crear nuevos delitos de los que la mujer puede ser víctima, sino de llevar el conflicto a una vía donde sus protagonistas puedan resolverlo de alguna manera.

En tal sentido, se abordarán aquí las limitaciones del derecho y del poder punitivo en relación con la violencia contra las mujeres, sea esta intrafamiliar o sexual, procurando acotar el concepto de violencia; se hará hincapié en la innecesariedad de postular como delito el feminicidio, y en las restricciones que existen en las constituciones y en los pactos internacionales de derechos humanos respecto al enfoque criminalizador; y se planteará la necesidad de aplicar un modelo alternativo.

1. Las limitaciones del poder punitivo

En general, desde una perspectiva de género, cuando la mujer aparece como víctima existe una tendencia a reconducir los conflictos hacia el derecho penal, pensando que la amenaza de la pena podría cumplir una función preventiva. Sin embargo, no se tiene en cuenta que no se logrará una mayor protección de las mujeres aumentando la represión o la indeterminación de las conductas de las que resultan víctimas, porque la amenaza de la pena o su agravamiento no tiene efectos sobre la disminución de los conflictos. Por otro lado, las penas privativas de libertad tampoco cumplen un fin “resocializador”, porque constituyen una respuesta violenta que puede llevar a agravar la situación o a generar nuevos conflictos, y también porque el sistema punitivo deja fuera a la víctima. Frente a esto, han surgido posiciones que cuestionan la legitimidad del derecho penal y se plantean respuestas alternativas al encierro.

Como afirma Bovino (2005), hoy en día

...es indiscutible la profunda crisis de legitimidad por la que atraviesa el derecho penal propio del Estado moderno, fundado en la persecución pública [...] de los hechos punibles y, como regla, en la respuesta punitiva tradicional –fundamentalmente la pena privativa de libertad– como única manera de ‘solucionar’ el conflicto social subyacente en todo caso penal”. La aplicación práctica del derecho penal sustantivo realizadas por los órganos estatales competentes es un proceso nocivo tanto para el imputado como para la víctima. Bovino señala también que “el sistema de administración de justicia penal no sólo es sexista sino que, además, se ha revelado como una de las formas más inequitativas, irracionales, violentas e injustas de control social formal de las que dispone el Estado. [...] La única vía posible de atenuar la gravedad de este fenómeno recurriendo al derecho penal debe tener en cuenta las particularidades de la justicia penal y, además y especialmente, la especificidad de las prácticas referidas al tratamiento de este tipo de hechos.

Se deben tener en cuenta los peligros que entraña el recurso del derecho penal estatal, y, en consecuencia, tratar de evitar su aplicación en todos los casos en los que no resulte estrictamente necesario. Las investigaciones empíricas han demostrado de manera concluyente que la injusticia es parte intrínseca del sistema penal, y, más allá de otros problemas, “ya no se puede negar la absoluta inutilidad de la cárcel para cumplir con los diversos fines que se le han asignado históricamente. La historia de la prisión es la historia de sus fracasos” (Bovino, 2005).

Hay que considerar, en primer lugar, la *exclusión de la víctima* por parte del sistema penal. Al respecto, sostiene Bovino (2005) que el modelo penal represivo no atiende a los intereses de las víctimas, sobre todo en el caso de las agresiones sexuales.

Los motivos por los cuales este modelo no ayuda a las víctimas son varios. En primer lugar, la justicia penal ofrece una única respuesta: la pena. Pero, respecto de este tipo de hechos en particular, la intervención de los órganos de la justicia penal ni siquiera sirve a las víctimas que pretenden la imposición de una sanción, pues las prácticas del sistema penal sólo criminalizan excepcionalmente las agresiones sexuales. De esta manera, las mujeres ya han aprendido que la intervención represiva del Estado no les resulta útil para resolver sus problemas.

En este sentido, Nils Christie (1992) señala que “la víctima es una especie de perdedora por partida doble, primero, frente al delincuente, y segundo –y a menudo de manera más brutal– al serle denegado el derecho a la plena participación en lo que podría haber sido uno de los encuentros rituales más importantes de su vida. La víctima ha perdido su caso en manos del Estado”.

En segundo lugar, debe considerarse el *carácter binario del derecho penal*. Sobre este particular, Bovino (2005) agrega que

...otro problema propio del derecho penal en el tratamiento de un conflicto social definido como hecho delictivo, que se suma a los anteriores, consiste en el enfoque *reductor* de la realidad que le es propio. El derecho penal es binario, pues sólo prevé dos respuestas posibles frente a un caso concreto: absolución o condena [...]. La apuesta para la víctima, en este contexto, es alta: todo o nada [...]. Ello significa que, más allá de los problemas que plantea la misma respuesta represiva, en la gran mayoría de los casos la justicia penal no brinda medida protectora alguna para la persona que ha sido victimizada. La suerte de la apuesta, por otro lado, no depende de que la razón asista a la víctima. En un proceso judicial no gana quien “tiene” razón. En realidad, se afirma que quien gana es quien tiene razón y no a la inversa.

Está demostrado que el sistema penal no soluciona los conflictos, puesto que actúa luego de sucedido el hecho, y también que la amenaza de pena o de incre-

mentar las penas no logra la abstención de la comisión del delito. En tal sentido, se ha comprobado que el aumento de las penas o la elevación a la categoría de delitos de infracciones surgidas de diversos conflictos no inciden en su disminución, pues no existe una relación de dependencia directa. La idea de que el derecho penal tiene por función motivar comportamientos es una ficción del discurso de justificación; si creemos que la sanción de una ley penal logrará que la gente se abstenga de cometer delitos, nos estamos ilusionando con un cambio irrealizable.

En relación con esto, Carmen Anthony (1993) señala que “La promulgación de leyes penales o el espíritu de las reformas siguen insistiendo en su carácter protector y en el incremento de sanciones, persistiendo en la errónea creencia de que la represión penal constituye el solo mecanismo para controlar determinadas conductas y resolver los problemas sociales”.

Algunas feministas invocan la *función simbólica del derecho*, y afirman que el ejercicio del derecho y el funcionamiento del aparato judicial se relacionan con los efectos que producen el discurso legal y las decisiones judiciales en el entramado social, en cuanto a las representaciones individuales y sociales. Se considera que el derecho motiva comportamientos deseables y, por lo tanto, constituiría un mecanismo de resolución de conflictos mediante el cual el Estado enviaría mensajes a la sociedad acerca de cuáles son las formas correctas de caracterizar las relaciones sociales, cómo debe comportarse la comunidad, qué se espera de ella y cuáles son sus derechos y obligaciones. En realidad, se trata de una mera ficción que pretende que una mayor punición o la ampliación indiscriminada del catálogo de conductas prohibidas implicarían un cambio de pautas culturales. Tampoco la ausencia de derecho penal tiene efectos simbólicos, como pretenden algunos enfoques de género.

Baste recordar las legislaciones sobre estupefacientes en América Latina, donde vemos que si bien los delitos se ampliaron y se aumentaron las penas, no se logró terminar con el narcotráfico y el consumo. No es que los delitos no estén previstos en el Código Penal: lo están, pero su incorporación al Código no ha tenido el “efecto simbólico” pretendido en cuanto a la motivación de conductas o valoraciones. Sucede lo mismo con los delitos contra las mujeres, por lo que es ilusorio concluir que puniendo a los perpetradores de la violencia se cambiarían valoraciones de corte machista vigentes en la sociedad. Las mujeres tampoco los denunciarían y la gran mayoría de los casos seguiría igual y nada cambiaría, ni simbólica ni concretamente, sobre todo teniendo en cuenta que los delitos de los que son víctimas las mujeres son los que forman el mayor porcentaje de la “cifra negra”, en la medida en que son las propias mujeres las que no hacen la denuncia.

Elena Larrauri (2006) señala que las partidarias de acudir al derecho penal reclaman la intervención de éste; no dudan de su ineficacia, pero no entienden por qué deben ser precisamente ellas las que deban prescindir del derecho penal. Ar-

guyen que la ausencia del derecho penal en el ámbito privado refuerza la imagen de que allí el Estado no interviene y de que rige la “ley del más fuerte”: el marido. Se aduce que

...ya que el derecho penal no cumple su función instrumental de evitar los delitos, lo mínimo que se le puede exigir es que cumpla la función simbólica: que envíe a la sociedad el mensaje de que dichas conductas son delitos y que no deben ser toleradas [...]. Lo peor que sucede cuando se recurre al derecho penal es que el mensaje simbólico es equívoco: el problema real parece solucionado con la simple promulgación de una ley, algo no excesivamente costoso; en segundo lugar, cada proceso de notoria publicidad en el cual se afirma la inocencia del acusado [...] refuerza la imagen de la mujer mentirosa y del pobre hombre acusado.

Larrauri (2006) considera que no existe una función simbólica de la pena en el sentido preventivo: ni la criminalización ni el incremento de las penas hará que disminuyan los hechos. Al respecto, apunta: “No es de extrañar, pues, que numerosas mujeres que han recurrido al sistema penal con la esperanza de encontrar un poder que compense el del hombre, se han encontrado con un poder que no lo ha desmentido sino que lo ha reforzado; de ahí la conclusión de que el derecho penal es un poder patriarcal”. Y destaca que:

el recurso al derecho penal tiene costes adicionales: una extensión de la intromisión del Estado en ámbitos cada vez mayores; una extensión del derecho penal; una aplicación selectiva de las penas que acostumbran recaer sobre los sectores más vulnerables de la población; una alianza extraña con el Estado que al tiempo que protege con reformas legales, mantiene intactas las estructuras que permiten el surgimiento de este delito en primer lugar; una confusión de modelos y objetivos distintos, que oscilan entre la reconstrucción de la familia o el fortalecimiento de la autonomía de la mujer.

Respecto a una reforma efectuada en España que incluyó delitos de violencia doméstica y de falta del pago de pensiones, expresa Larrauri (1994) que “La modificación legal ocurrida en 1989 debiera contribuir al escepticismo respecto al recurso al derecho penal, cuando se constata que más derecho penal no es sinónimo de una mayor aplicación y de una mayor protección. Lo paradójico es que la respuesta de algún sector feminista siga siendo ‘más de lo mismo’”.

Susana Chiarotti (2006) señala que “los códigos y leyes los escriben personas que viven en una sociedad determinada. A lo largo de la historia la participación masculina ha sido mayoritaria en la escritura del derecho y en la aplicación de las normas”. Aun cuando en los poderes judiciales que aplican y ponderan estas nor-

mas haya aumentado la presencia femenina, esto no garantiza una mayor sensibilidad hacia la discriminación de género. “Los jueces y juezas también son formados en una cultura determinada, con normas sociales, entre las que se encuentran los prejuicios, roles, y reparto de poder entre los sexos [...]; estas personas están influenciadas por estereotipos de género. Al escribir una ley o aplicarla a través de una sentencia, estos seres humanos no se abstraen de la formación que tuvieron durante toda su vida”. Sostiene Larrauri que “es posible retrotraer la ausencia de denuncias y la exigencia de requisitos no previstos en la ley a la persistencia de estos estereotipos”, y subraya

...la reluctancia de la mujer a denunciar por miedo a ser sometida a examen para determinar si es una “víctima inocente” (que no ha provocado); si es una víctima apropiada (el examen de su vida sexual anterior); la exigencia de probar la ausencia de consentimiento (que se ha resistido); la pretendida especialidad del delito de violación y la necesidad de corroborar el testimonio de la víctima (falta de credibilidad).

Por su parte, Gerlinda Smaus (1992) sostiene que “las mujeres que invocan la función simbólica del derecho penal piensan que son criticadas, pero tomadas en serio. Una renuncia a provocar una discusión en el derecho penal sería para las mujeres un acto unilateral sin contraprestación”. En tanto el derecho penal subsista, Smaus no ve razón alguna por la cual no debieran tratar de atacar con sus pretensiones también este instrumento patriarcal. Refiriéndose a la recolección de firmas llevada a cabo en Italia para la reforma del código penal en materia de violencia sexual, subraya que es digno de destacar que las mujeres en esa ocasión “fuesen del todo conscientes del hecho de que leyes y penas más duras no habrían influido sobre la criminalidad y que del derecho penal no cabría esperar un mejoramiento de su situación material. Sus reclamos concernían expresamente a su *status* legal como presuntos sujetos del derecho formalmente iguales, *status* que ellas consideraban afectado por el derecho penal tradicional”. Las feministas pretendían que se redefiniera la violencia sexual como delito de violencia, y que las mujeres víctimas de este delito, cuya pena debería ser aumentada, fueran tratadas del mismo modo que otras víctimas; debía terminarse con la praxis por la cual la culpa era atribuida a la víctima y era la mujer y no el violador, la que recibía la condena moral. “Con la reforma de este artículo debía extinguirse, por llamarlo de alguna manera, una deuda del derecho penal con la igualdad jurídica de las mujeres: no debía ser más redactado y aplicado de un modo selectivo sexista”. Así, el ejemplo de la violencia sexual asumía para el movimiento la función integrativa de una ideología. “La afirmación en el derecho penal del reclamo del movimiento fue valorado por las mujeres dialécticamente: por un lado consideraron como signo de una situación objetivamente crítica del movimiento el hecho de que debiera recurrir al de-

recho penal; por el otro, consideraron, sin embargo, este mismo hecho como el reconocimiento de sus pretensiones por parte del sistema político”.

Algunas feministas han afirmado que “sujeto de derecho” solo es considerado el varón, desconociendo que la violencia de Estado en cualquiera de sus formas se ejerce sin discriminación de género. Por otra parte, siguiendo este razonamiento, también podría afirmarse que para un sector del feminismo la mujer debe ser tratada con arreglo a los valores de una mujer de clase media, en busca de tutela y protección y cuyas decisiones deben ser sustituidas por el Estado. . . Esto implica considerar a la mujer como una incapaz, por la que hay que decidir, y si ella decide en base a otros parámetros es porque no puede decidir libremente.

Hassemer (1995) destaca que

...las experiencias con los “déficit de ejecución” del derecho penal moderno y con el “derecho penal simbólico” enseñan que el agravamiento del instrumental del derecho penal (*more of the same*) no siempre mejoran su idoneidad para la solución de los problemas; esto puede originarse en que la subsidiariedad del derecho penal en relación con otras estrategias de solución jurídicas, o en su caso estatales o sociales, no es solamente un principio normativo, sino que, además, está bien fundamentado empíricamente: los medios del derecho penal sirven solamente para algunas pocas situaciones problemáticas.

Cabe preguntarse para quién resultan funcionales la hipertrofia penal y el abandono de principios garantistas de los derechos humanos. ¿Será funcional para el movimiento feminista o para las mujeres? ¿O será funcional, precisamente, para justificar el funcionamiento actual del sistema penal y la retórica de “tolerancia cero”?

En relación con la hipertrofia del derecho penal, Julieta Di Corleto (2006) hace referencia a un “factor político” referido a que

...tradicionalmente los gobiernos de turno han favorecido una política de “mano dura” [...], manifestándose en medidas y decisiones tomadas por el Estado para enfrentar los graves problemas de criminalidad e inseguridad que vive el país, creando la falsa imagen de favorecer la persecución penal para lograr el castigo a los delincuentes, en desmedro de cualquier otra salida procesal, incluyendo por supuesto, los mecanismos de salida.

Para Larrauri (2007) “exigir, alentar o aceptar mayores penas sabiendo que éstas no contribuyen a disminuir las dimensiones del problema es un ejemplo de populismo punitivo, decir lo (que se cree) que las víctimas quieren oír y no decir lo que uno racionalmente cree”.

Patricia Laurenzo (2009) expresa que la apuesta decidida de un sector del feminismo español por el derecho penal como instancia preferente para erradicar la violencia de género no deja de ser coherente con los aires represores que invaden toda la estrategia oficial de lucha contra la delincuencia. Esta opción, por tanto, trae consigo un costo difícil de aceptar desde los planteamientos revolucionarios del feminismo alternativo, porque con la llamada constante al derecho penal, el feminismo se vuelve conservador y renuncia a su posición destacada en el engranaje del cambio social. Al depositar toda su confianza en uno de los instrumentos más importantes para el mantenimiento del *statu quo*, en una herramienta básicamente opresora y autoritaria que controla los conflictos en base a limitaciones de derechos, las asociaciones de mujeres parecen dispuestas a abandonar los grandes postulados del feminismo, que siempre han estado asociados a la lucha por una sociedad más justa, menos autoritaria y con mayor espacio para las libertades.

Por su parte, Bovino (2005) señala que “a pesar de que la justicia penal no parece cumplir ningún fin acorde con las exigencias del moderno Estado de derecho, la racionalidad represiva está tan arraigada entre nosotros que resulta difícil, si no imposible, pensar en alternativas a la justicia penal o, aun en su contexto, en repuestas no represivas”.

Toledo Vázquez (2009) alerta sobre el riesgo de que estas nuevas legislaciones se unan al *ghetto* normativo del que forman parte numerosas leyes sobre la violencia contra las mujeres en los países de la región, esto es, leyes que no son conocidas más que por quienes trabajan específicamente en relación con sus derechos. Un segundo riesgo se vincula con la posibilidad de que jueces y juezas, convencidos de la injusticia de fondo de estas normas, encuentren la manera de no aplicarlas, especialmente recurriendo a la dificultad para acreditar elementos como las relaciones de subordinación entre hombres y mujeres en una situación en concreto. Esto también puede manifestarse en la aplicación más generalizada de atenuantes de responsabilidad o causas de justificación a favor de hombres acusados por estos delitos, con el propósito de “neutralizar” los efectos de una penalización que se considera excesiva.

Cabe señalar que, a pesar de las sucesivas reformas, la situación no ha cambiado. En tal sentido, en la *Evaluación de la reforma procesal penal con perspectiva de género* de julio de 2003, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) se señala que:

Durante las dos últimas décadas ha tenido lugar en la mayor parte de los países de América Latina un vigoroso proceso de reformas a los sistemas de justicia penal, cambios que implicaron grandes inversiones, así como la confluencia de variados actores e importantes modificaciones legales. Sin embargo y a pesar de su importancia, a dichos cambios no le siguieron procesos de evaluación de sus resultados

que proveyeran una imagen clara de los problemas que enfrentan y, sobre todo, que hayan permitido enfrentar y dar solución a estos problemas. Por ello, existe hoy en día la percepción más o menos generalizada de que el proceso de reformas no ha dado todos los frutos esperados y que el fuerte impulso tras ellos tiende a decaer (CEJA, 2003).

2. Violencia y perspectivas de género

Definición de violencia

Uno de los principios constitucionales más importantes establece que las conductas descritas como delitos deben ser precisas y taxativas, y no deben emplearse términos que puedan llevar a ampliar el catálogo de conductas que se quiere prohibir o a una interpretación extensiva o analógica de éstas. En ese sentido, el término “violencia” debe acotarse, y debe definirse claramente la conducta a que se refiere, cuando se trata de su tipificación legal.

Vemos, sin embargo, que en ciertos enfoques se hipertrofia el significado del término violencia. Así, el *Panorama de violencia contra las mujeres en los Estados Unidos Mexicanos* (2006), informe elaborado por el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI) que refleja resultados de la *Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (ENDIREH)*, expone que las manifestaciones de violencia dentro de la pareja no se reducen únicamente a los golpes, sino que comprenden toda una gama de actos psicológicos, físicos y sexualmente coercitivos, así como la explotación y el abuso económico practicados contra las mujeres por su pareja actual o anterior, todos sin el consentimiento de la mujer. El documento señala que la violencia contra las mujeres tiene cuatro manifestaciones: física, emocional, económica y sexual. A ellas nos referiremos en los próximos apartados (INEGI, 2007).

El *Panorama...* consigna la *violencia escolar*, que se refiere a las situaciones de discriminación, hostigamiento, acoso y abuso sexual; la *violencia laboral*, que consiste en actitudes y comportamientos claramente agresivos, hostiles, humillantes o discriminatorios hacia las mujeres que se desempeñan en el ámbito laboral, y distingue dos tipos de violencia: a) el acoso, que puede ser moral, físico o sexual y b) la discriminación, que implica menores oportunidades de trabajo, promociones y prestaciones; y la *violencia patrimonial*, que es todo acto de coerción, retención, despojo o sustracción de algún documento personal, bien, valor o propiedad, ejercido por algún familiar u otras personas conocidas o desconocidas, en contra de la mujer.

Observamos así la ampliación resultante del término violencia, con el consiguiente peligro de que se pretenda su criminalización, o bien que la tipificación pe-

nal llegue a abarcar todas esas formas; por otra parte, al no contarse con cifras comparativas para ambos sexos –aunque sí se sabe que la tasa de mortalidad por agresiones es en México mayor entre los hombres–, no se observa mayor proporción de violencia contra las mujeres. En efecto, según datos del INEGI dichas tasas registran 14.9% para los hombres y 2.0% para las mujeres. También en la Argentina los datos sobre víctimas de homicidios dolosos en 2005 indican 84% de víctimas masculinas y 16% de víctimas femeninas.

Violencia intrafamiliar

En relación con la violencia intrafamiliar, cierto sector del feminismo, que también podría encuadrarse dentro del “paradigma de mano dura”, propugna tipos penales que no respetan el principio de taxatividad, tales como omisiones reiteradas del cuidado debido, insultos, presión psicológica o daño económico. Es decir que el término violencia se utilizaría como “cajón de sastre” al que iría a parar cualquier hecho conflictivo, de cualquier entidad, que suceda en una familia. Además, en las actuaciones intervienen operadores y operadoras del sistema jurídico que tienen introyectado un estereotipo de mujer que el derecho penal no puede modificar; no obstante lo cual parece considerarse que el derecho penal constituye una vía eficaz para solucionar la violencia y otros conflictos familiares. Esto también omite considerar que la autora de esos delitos puede ser una mujer, ya que la criminalización primaria y la secundaria no reparan en diferencias de género. Así, podríamos imaginar que procesan a una mujer por no plancharle las camisas al marido, y no a cualquier mujer, sino la que viva en un barrio pobre, o a aquella que, por tener que trabajar, no proporcione lo que un juez considere desde su perspectiva de clase lo que constituye el “cuidado debido”.

Como ya se mencionó, en *Panorama de violencia contra las mujeres en los Estados Unidos Mexicanos* distingue cuatro tipos de violencia ejercida contra las mujeres por su pareja: emocional, económica, física y sexual. La *violencia física* entraña el uso intencional de la fuerza física o de un arma para dañar o lastimar a la mujer, y se produce en diferentes magnitudes. La *violencia sexual*, que es la menos común, consiste fundamentalmente en forzar la participación de la mujer en un acto sexual contra su voluntad. La *violencia emocional o psicológica*, que es la más frecuente, comprende todo maltrato a la mujer tendiente a controlarla o aislarla, negando sus derechos y su dignidad, mediante insultos, intimidación, humillaciones y menosprecio (por ejemplo mediante la imposición de tareas serviles), o limitaciones para comunicarse con familiares o conocidos. Se agrega que a lo largo de la relación de pareja los eventos violentos de clase emocional que afectan a un mayor porcentaje de mujeres son cotidianos e incluyen: las mujeres a las que les de-

jaron de hablar; la pareja se enoja porque no está listo el quehacer, la comida no está como él quiere o dice que ella no cumple con sus obligaciones. La *violencia económica* consiste en negar a la mujer el acceso a los recursos monetarios básicos o el control sobre ellos; limitar su capacidad para trabajar o despojarla de sus bienes; reclamarles cómo se gasta el dinero o impedirles trabajar o estudiar.

Patricia Laurenzo (2009) señala que a partir de la aparición en España del primer delito de maltrato doméstico habitual en 1989, las numerosas reformas penales destinadas a contener la violencia de género han desembocado en un modelo confuso de intervención penal que “se caracteriza por dos pautas fundamentales: de un lado, por la creación de un intenso cerco punitivo a los agresores que se despliega incluso cuando el acto violento es de escasa gravedad, y de otro, por una marcada sobreprotección de las víctimas, a las que se empuja en todo momento hacia el sistema penal en la idea de garantizar su seguridad frente al agresor aun en contra de su voluntad”. Agrega que tal vez a las defensoras del punitivismo a ultranza se les ha pasado por alto que el derecho penal, por sus propias características, sólo puede operar en términos de atribución de responsabilidad personal a sujetos individuales y no como mecanismo de cambio social. Por eso, cuando se confía en él para erradicar la violencia de género se está aceptando implícitamente que la causa última de este problema no está en la propia estructura social sino, en las pautas individuales de comportamientos de algunos sujetos descarriados.

Según Larrauri (2007), el discurso feminista oficial presenta tres características: por un lado, simplifica excesivamente la violencia contra la mujer en las relaciones de pareja al presentar este delito como algo que la mujer sufre “por el hecho de ser mujer”, como si la subordinación de la mujer fuese causa suficiente para explicar dicha violencia. En segundo lugar, en ocasiones razona en forma excesivamente determinista, como si la desigualdad de género, a la que se atribuye el carácter de causa fundamental, tuviera capacidad de alterar por sí sola los índices de victimización de las mujeres, ignorando otras desigualdades. Por último, se confía y atribuye al derecho penal la ingente tarea de alterar esta desigualdad estructural a la que se ve como responsable principal de la victimización de las mujeres. Considera esta autora que, por un lado, ello impide entender en toda su complejidad el fenómeno de la violencia sobre la mujer, lo que puede dificultar la adopción de políticas sociales más efectivas y, por otro lado, la simplicidad también es desaconsejable porque es fácil de rebatir y puede, a la larga, restar credibilidad a las teorías feministas.

Apunta Larrauri (2007), que pareciera que quien se opone al enfoque penal no se toma suficientemente en serio el dolor de las víctimas, y así, cualquier discusión pretende zanjarse apelando a la extrema gravedad del problema o al número de mujeres muertas, recurriendo con ello a la equívoca identificación de que sólo quien está a favor de penas más graves defiende los intereses de las mujeres. Y

expresa que vivimos en tiempos de *populismo punitivo*, fase en la que los gobiernos en lugar de promover el Estado social tienden a afrontar los problemas sociales recurriendo al sistema penal en lo que ha sido certeramente descrito por Simon como “gobernar por medio del delito”.

La regulación de la violencia doméstica, de la cual muchas veces es víctima la mujer, debe efectuarse, preferentemente, fuera del derecho penal. Como expresa Naciones Unidas, la entidad del delito, y la gravedad del daño en el caso de violencia doméstica, lejos de obedecer a pautas naturales o universales, depende estrechamente de la evolución histórico-social de las relaciones hombre-mujer. El enfoque alternativo al penal, en este tema, debe ser objeto de reflexión y de amplia discusión, sin perder de vista que son necesarias respuestas que protejan realmente a la mujer, que solucionen sus conflictos y no que redunden, aun con las mejores intenciones, en su victimización.

Larrauri (2006) revela que en un estudio realizado en 1990, en el que se examinaron 150 expedientes, se observa

...la inutilidad del sistema penal para las mujeres que denunciaban malos tratos. Ello obedecía a varias razones: a) la policía no tomaba en serio las denuncias de las mujeres. Se las disuadía de presentarla, o bien, si las tomaban en serio, no les daban curso [...]. b) Son citadas a examen del médico forense después de bastante tiempo de haber presentado la denuncia, el cual realiza un informe rutinario en base al parte médico, que ya consta en el expediente, sin ver a la paciente [...] c) Los fiscales tienden a ser pasivos en la persecución de estos hechos [...]. d) Los jueces no se toman en serio las denuncias, señalan que las mujeres no comparecen y si comparecen perdonan [...]; destacan, finalmente, que estas denuncias se interponen como paso previo a una separación civil, manifestándose en contra de que el sistema penal sea utilizado para “preconstituir prueba”. Son expresivas las conclusiones del estudio: “si no hay voluntad de sancionar, huelga hacer reformas legales que son vaciadas de contenido en la práctica. Y esta voluntad de sancionar todavía no se ve en los juzgados.

Agrega Larrauri que podría concluirse que el problema es que las normas no se aplican, con lo cual sólo se retrotraería la pregunta a un momento anterior: “¿por qué no se aplican?”

Expresa Larrauri (2006) que:

la respuesta a estos interrogantes estriba, de acuerdo a Haimovich, en los mecanismos de legitimación que funcionan en el ámbito privado. Estereotipos y convenciones sociales, referidos tanto al hombre como la mujer, que justifican: una demostración de la autoridad por parte del marido (“quién lleva los pantalones”) [...].

Un sentimiento de propiedad (“oiga, que es mi mujer”) y que por ello puede ser objeto de agresión (es un apéndice, “la costilla”). La responsabilidad femenina en apaciguar al marido y llevar la casa (“el sitio de la mujer”), que conlleva la presunción de la mujer como provocadora y causante de la ira (castigo). El mito de la mujer pasiva que lo acepta y le gusta (“señal que te quiere”) y del hombre de naturaleza impetuosa. Como apunta Haimovich, estos distintos códigos normativos legitiman en el ámbito privado lo que en el público se considera inadmisibles.

Esta persistencia de estereotipos implica que a pesar del cambio en la percepción social de estas conductas como comportamientos negativos, no se registre mayor cantidad de denuncias, sino un mayor ocultamiento. Esto se debe sobre todo a dos motivos: en primer lugar, porque supone admitir el fracaso en el ámbito familiar, y en segundo lugar, porque la víctima percibe que la intervención de una autoridad pública no resuelve el conflicto sino que constituye una invasión del espacio afectivo privado con criterios jurídicos (inocente/culpable, detenido/sin pruebas).

Desde otra perspectiva, Roxin (*Derecho penal. Parte general (t. I): Fundamentos: La estructura de la teoría del delito*, citado por Di Corleto, 2006) se ha ocupado con algún detenimiento del caso de la mujer sometida a continuos maltratos por su marido, concluyendo que las limitaciones al derecho de defensa no pueden mantenerse incólumes en el caso de una mujer golpeada, ya que no se le puede exigir a ella el cumplimiento del deber que su pareja ha desatendido previamente, y “por eso puede hacerle frente con un arma de fuego si no puede defenderse de otro modo, y no está obligada a abandonar la casa en lugar de defenderse”. Este planteo puede llevar entonces a ampliar el concepto de legítima defensa en esos casos, es decir, como causa de justificación, sin necesidad de crear tipos de excepción.

Resultan interesantes las propuestas de reformas procesales que contribuyen a abordar el tema proponiendo alternativas a la criminalización. Así, Ileana Arduino y Luciana Sánchez (2007) señalan que, en el caso de las mujeres, la idoneidad de la defensa demanda especialmente la incorporación del análisis de género para poder hacer valer adecuadamente los derechos de la imputada. En este orden de ideas, señalan que, como sostiene Di Corleto (2005), “la minimización de una historia de violencia, el desconocimiento de las particularidades del fenómeno de la violencia en el marco de fuertes relaciones de dominación en el ámbito familiar y los prejuicios que definen y refuerzan el problema de la discriminación” operan como verdaderas desventajas para las mujeres que se enfrentan al sistema de justicia penal en calidad de imputadas, ya que muchas veces la defensa, la fiscalía o los jueces no consideran estos factores propios de la violencia de género como elementos que afecten al caso, ya sea en forma de atenuantes, eximentes, etc. A ello agregan que otro requisito para garantizar el derecho de defensa de las mujeres es prohibir expresamente el rechazo de producción de prueba de descar-

go vinculada a historias de violencia familiar o sexual de la imputada, ya que para las mujeres acusadas de cometer delitos una historia de violencia puede resultar relevante para su defensa.

Violencia sexual

En cuanto a la violencia sexual, para los casos de violación debe tenerse en cuenta que muchas veces las mujeres no realizan la denuncia, y en los casos en que lo hacen, suele cuestionarse su versión de los hechos; muchas veces también se hipertrofia el uso del término violencia para incluir no solo los casos de violencia, sino también el miedo de la mujer a sufrir violencia. Así, en el citado *Panorama de violencia contra las mujeres en los Estados Unidos Mexicanos* (2006) se asienta que las conductas violentas de hombres contra mujeres verificadas en espacios comunitarios, pueden clasificarse en dos tipos de agresión: la *intimidación* y el *abuso sexual*. El primero se refiere a situaciones que provocan que las mujeres sientan miedo de sufrir un ataque o abuso sexual y a ser objeto de expresiones ofensivas que aluden a su cuerpo o de insultos de carácter sexual; el segundo comprende los casos en que las mujeres fueron obligadas o forzadas a tener relaciones o a realizar actos sexuales por dinero, así como los de mujeres a las que acariciaron o manosearon sin su consentimiento. Por otro lado, se menciona que las mujeres que han padecido agresiones extremas, tales como ser violadas o prostituidas, representan 2.3% del total de la población femenina del país.

La ampliación del concepto de violencia sexual, para incluir el miedo, puede llevar a propugnar nuevas figuras penales que lo tengan en cuenta, pero esto resultaría muy peligroso. Por otro lado, los porcentuales expresados demuestran que los hechos graves, como la violación, no son significativamente frecuentes y, por otra parte, ya están especificados como delitos en los códigos penales. Al respecto, también hay que reflexionar acerca de las limitaciones del enfoque penal.

Di Corleto (2006) destaca que uno de los desafíos de la academia feminista fue la redefinición de la violencia sexual dentro de las nuevas posibilidades que ofrecía la teoría de género. La primera dificultad fue que el concepto de violación sexual había sido un monopolio casi exclusivo del derecho penal. La visión jurídico-legal de la violencia sexual (tanto en su definición como en su abordaje por el sistema penal) no considera lo que las víctimas refieren de tales experiencias. Señala que las demandas de las víctimas cuando acuden al sistema penal suelen ser múltiples: además de la posibilidad del castigo de la cárcel, muchas también hacen la denuncia porque buscan el reconocimiento de parte de un tercero de que el agresor no tenía derecho a hacer lo que le hizo. Otro planteo habitual es que el agresor no se detendrá si no lo denuncian, y otras mujeres y niñas sufrirán lo mismo, por lo que

es importante investigar en profundidad las demandas de las víctimas de delitos sexuales al sistema.

En el Informe Preliminar del CEJA (2003) se afirma que:

una parte importante del esfuerzo destinado a luchar contra la violencia contra las mujeres está destinada a lograr la criminalización de determinadas conductas por medio de propuestas de leyes o modificación de la normativa (nacional e internacional) existente. En este sentido, muchos países han realizado cambios en su legislación (en especial en sus códigos penales), donde se propone un nuevo enfoque de la tipificación de los delitos de violencia sexual cuyas víctimas son principalmente mujeres.

Al evaluar el tratamiento que la justicia criminal da a los delitos de violencia sexual en la Región, se destaca que “si bien varios países han modificado su legislación criminal y algunos han creado unidades especializadas de investigación [...] no parece existir hasta el momento un incremento significativo de las denuncias de casos de violencia sexual”. Debido en parte a eso “los diferentes delitos de violencia contra la mujer siguen constituyendo una porción muy marginal dentro de los casos que ingresan y son efectivamente tratados por el sistema de justicia criminal”.

Bovino (2005) afirma que “es la exclusión absoluta de la facultad de la víctima para participar en la redefinición del hecho que tiene lugar en el marco del proceso, cristalizada a través de siglos de ‘naturalización’ del concepto de persecución penal pública, la condición necesaria para que los hechos de agresión sexual resulten tratados según los intereses del Estado y no de las personas”. Como bien destaca Bovino, el pésimo tratamiento que reciben estos casos “no depende del texto legal sino, en todo caso, del arraigado carácter sexista de las decisiones judiciales, fundadas en premisas implícitas cargadas de estereotipos y valoraciones culturales tan ilegítimas como discriminatorias”. Y encuentra llamativo que el empeño feminista no se haya dirigido, antes que nada, a “eliminar o tornar inocuos los múltiples elementos que intervienen activamente en el proceso de revictimización del procedimiento penal”.

Arduino y Sánchez (2007) señalan que las reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional, adoptadas por la Asamblea General de los Estados Parte del Estatuto de Roma, el 9 de septiembre de 2002, consagran pautas específicas sobre pruebas en materia de violencia sexual. Así, en la Regla 70 se dispone expresamente que en casos de violencia sexual, “d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo”. Destacan que en Estados Unidos de América también se han dictado leyes de estas características, denominadas “escudo en casos de violación” (*Rape*

shield laws), que restringen el uso de pruebas que se refieran al pasado sexual de la víctima o a aspectos de su vida privada cuya finalidad sea hacer presumir una mayor predisposición sexual, pues se entiende que de este tipo de pruebas no puede inferirse ni el consentimiento de la víctima en el hecho investigado ni su falta de credibilidad y, por el contrario, significaría someterla a un proceso casi tan degradante como la propia agresión sexual. Únicamente podría admitirse este tipo de prueba, en forma excepcional, cuando se demuestre su pertinencia para el esclarecimiento del hecho investigado, de forma tal que la exclusión de la prueba implicaría una violación al derecho de defensa del acusado. Ello ocurriría si se acreditara su relevancia para probar un hecho específico del caso, por ejemplo, que el autor del delito es alguien distinto al acusado, o que dado el pasado común de la víctima y el agresor, existen hechos específicos que prueban el consentimiento. Este enfoque, centrado en las reglas procesales, señala que el camino puede pasar por la modificación de dichas reglas y no la de la ley de fondo.

La socióloga Inés Hercovich (2002) manifiesta que su punto de partida para investigar el tema fueron los prejuicios que aún hoy dominan, aunque con su fuerza ya disminuida, al imaginario dominante respecto de la violación sexual. El primero de estos prejuicios era: las mujeres violadas no hablan. El segundo: no hablan porque temen que no les crean, o bien les da vergüenza hablar de lo que les pasó, o se sienten culpables. La autora comenzó por investigar, por un lado, qué esperan escuchar los abogados, jueces y fiscales, así como los médicos, asistentes sociales y psicólogos y, por el otro, qué cuentan las mujeres. Del análisis de las entrevistas que realizó a integrantes del primer grupo emergió la idea de que “existe una suerte de ‘mecanismo ideológico de defensa’ que opera en la sociedad, en cada uno de sus miembros”. Nadie está exento de este mecanismo al que denominó *imagen en bloque de la violación sexual*. Una imagen en bloque

...es una representación plana y congelada de un hecho, que no admite personas ni procesos. No contiene actos, mucho menos secuencias de actos. Están ausentes los cuerpos, las voces, los sentimientos, los deseos, la actividad mental [...]. La imagen en bloque de la violación está integrada por la totalidad de los discursos sociales vigentes en un momento y sociedad dados, acerca del sexo, el poder y la violencia y de los comportamientos esperados y “debidos” de varones y mujeres. Se hallan allí todos los mitos de la feminidad, la masculinidad y de las relaciones entre ambos sexos en todos los niveles de la existencia [...] y contiene desde los discursos feministas más radicales a las versiones más misóginas imaginables.

Añade Hercovich (2002) que “la imagen en bloque contiene dos versiones polares y opuestas, cada una de las cuales aglutina un tipo de argumentos”. Denomina “paradigma de la culpabilización” a uno de estos polos y “paradigma de la victimi-

zación” al otro. En el universo estudiado por la autora –que incluyó a las profesiones a las cuales una mujer violada acudiría si se decidiera a buscar ayuda, ya sea psicológica, médica o legal– la adhesión, o más bien la pertenencia a cada uno de los paradigmas, está fundamentalmente vinculada a la práctica profesional. Así, los profesionales del derecho (cualquier sea el sexo al que pertenezcan) constituyen la más pura elaboración y aplicación del paradigma culpabilizador, mientras que las psicólogas y asistentes sociales representan el paradigma victimizador, aplicándose uno y otro calificativo de acuerdo al papel que se le atribuye a la mujer en el suceso, por lo cual todos los discursos que circulan acerca de la violación sexual se estructuran casi exclusivamente en torno a la víctima.

En el paradigma culpabilizador se mezclan sexo, violencia y poder, en una conjugación que enardece el erotismo. Según esta visión, “el erotismo es exculpatorio del varón, a quien se concibe como esclavo de apetitos sexuales impulsivos e incontrolables. En contraposición a esta imagen, la mujer tiene el poder, porque tiene el poder sexual, que es el más poderoso de todos los poderes. Ella despierta, incita, dispone si sí o si no; premia y castiga, y en eso consiste su poder y también su violencia”. Este paradigma “fue edificado a partir de los discursos de la Iglesia y del derecho, o sea, por varones que jamás se preguntaron en qué consistía la agresión para las víctimas” (Hercovich, 2002).

La versión victimizadora percibe el ser femenino como

...un sujeto colonizado desde tiempos inmemoriales, despojado de su identidad por una ideología pergeñada por los varones, en un sistema que domina a la mujer material y espiritualmente. Sin autonomía, ella es inermes. [...] Los personajes que animan la escena de la novela victimizadora son un macho poderoso que impone su voluntad por el mero hecho de serlo y una pobre mujer, violada *a priori* en el interior de las relaciones de dominación.

La versión victimizadora “es hija de los movimientos de liberación de las mujeres y de la revuelta feminista y [...] fue construida para oponerse al paradigma dominante, o sea, habla de lo mismo pero invertido”. Así, para desmentir la imagen de una mujer que es siempre culpable, el paradigma victimizador quiere establecer la inocencia inapelable de las mujeres, pasando de no creerles nunca a creerles siempre. Los caminos para probar la inocencia femenina son dos: en primer lugar, negar a las víctimas la condición de sujetos activos, desconociendo incluso su capacidad de respuesta, imaginando paralizadas a las mujeres agredidas; en segundo lugar, limpiar la imagen de la violación sexual de sus componentes sexuales reduciendo el ataque a un ejercicio patológico de poder y violencia masculinos.

El paradigma victimizador logra, según Hercovich (2002), lo mismo que su opuesto: hacer que desaparezca la amenaza de muerte, tan decisiva en la expe-

riencia de las mujeres atacadas. Relata que en la experiencia de las mujeres atacadas la escena de la violación está presidida por el miedo a morir o a ser desfiguradas. En la violación sexual, “disponerse a aplacar la voracidad sexual del predador es la alternativa más lógica a la muerte, todo acto que vaya debilitando la amenaza y permita salir con vida es, simplemente, lo que hay que hacer”. Plantea que “si las escucháramos sabríamos que para ellas es más difícil probar que sufrieron un terror inmovilizante que probar que resistieron, si por resistir se entiende negociar la vida o quedar a salvo de sufrir daños cuya dimensión no pueden predecir”. Si las escucháramos, sabríamos que para ellas consentir es resistir porque consenten no a un encuentro sexual sino a una violación, “si las escucháramos, hablarían. Recién entonces sabríamos qué respuestas organizar tanto desde el derecho como desde las políticas sociales”.

Silvia Chejter (2001) apunta que:

bajo las reglas del derecho, las víctimas de robos o asaltos no necesitan probar que ellos se resistieron, o que no consintieron, o que el acto fue cometido con la suficiente fuerza, o suficiente amenaza de fuerza, para superar su voluntad, porque la ley presume altamente improbable que la gente se desprenda de su dinero voluntariamente y que la gente no se somete voluntariamente a sufrir daños corporales y secuelas permanentes. Pero las víctimas de violación necesitan probar estos requisitos porque el derecho usualmente no ha sido capaz de distinguir satisfactoriamente entre un acto sexual mutuamente deseado de una agresión sexual forzada, porque no ha escuchado las voces de las mujeres.

Acoso sexual

También para el llamado acoso sexual, que refiere la conducta de quien efectúa requerimientos de carácter sexual, se ha propugnado su criminalización. Otro sector considera inconveniente que se tipifique expresamente como delito, pues la conducta ya se adecua a figuras vigentes, como el delito de amenazas o de coacción. Hay posiciones que recomiendan otro tipo de sanciones, no penales, para la conducta, como pueden ser las consecuencias civiles o laborales.

Cancio Meliá (1998) plantea dudas en lo que se refiere a la conveniencia de la introducción del acoso sexual en el ámbito penal. Las razones que han motivado la incorporación de este precepto han sido “razones simbólicas” o “presiones de signo más emotivo y sentimental que racional”, que tan poco convienen a la legislación penal. Sostiene que es la progresiva conciencia social, generada en el marco de la evolución de la posición social de la mujer, de que este tipo de prácticas son intolerables la que parece haber motivado la introducción de esta figura, pero que

el ordenamiento jurídico ya contaba con medios para responder penalmente a las conductas de acoso más graves. En este sentido, señala que el hecho de que en el pasado hubiera una praxis reacia a aplicar a este tipo de supuestos el delito de amenazas no legitima la introducción de una nueva figura de difícil aplicación: lo que hay que cambiar es la mencionada práctica deficiente.

En la Argentina se presentó un proyecto que propugna el delito de acoso sexual¹ con pena de 4 meses a 4 años, a quien “abusando de una relación de superioridad jerárquica, laboral, docente o de índole similar, efectuare un requerimiento de carácter sexual, para sí o para un tercero, bajo la amenaza de causar a la víctima, en caso de no acceder, un daño en el ámbito de esa relación”. En los fundamentos se dijo que:

No obstante las consecuencias que el acoso puede acarrear en el plano civil, administrativo y laboral, para enfrentar y reprimir el acoso sexual consideramos conveniente incorporarlo además como tipo al Código Penal. El efecto disuasorio de la amenaza de castigo penal puede contribuir a la disminución de los hechos, teniendo en cuenta particularmente el nivel de mayor responsabilidad que, por su jerarquía en la relación laboral, docente o de otra índole, ostentan quienes cometen el ilícito. Si bien el acoso es una forma del delito de coacción, contemplarlo especialmente favorecerá los efectos preventivos señalados anteriormente.

Además, como tal conducta podía encuadrarse en el ya existente delito de coacción, en el fundamento del proyecto se expresa la creencia en la conveniencia de establecer una escala penal más flexible que la prevista para el delito de coacción, a fin de sancionar más adecuadamente las distintas hipótesis que se presenten. El fundamento invoca la idea equivocada del efecto disuasivo o preventivo de la ley penal, y defiende la incorporación del acoso sexual como nuevo delito, cuando ya estaba tipificado en otra norma.

Paola Bergallo (2006) destaca que “la fundamentación del proyecto es un tanto débil ya que refleja la ausencia de estudios actualizados y completos, generados oficial o privadamente, que deberían ser el punto de partida para el diseño de una propuesta centrada exclusivamente en la regulación penal. Regulación a la que, en general, es deseable recurrir sólo como *ultima ratio*”. En particular, es preciso

...contar con más información que la disponible y la citada en los fundamentos del proyecto respecto de: las formas que adoptan las prácticas de acoso (requerimiento de favores sexuales, generación de un ambiente hostil, u otras formas), la verticalidad u horizontalidad de la práctica, y las percepciones de las víctimas sobre los

¹ Proyecto de ley 67, que modifica el Código Penal, presentado en el Senado en 2006.

tipos de conductas que debemos combatir; y las reacciones institucionales actuales frente a víctimas y acusados por parte de los empleadores, organizaciones y espacios educativos, por ejemplo.

Según Bergallo, el proyecto sugiere que el derecho penal es una herramienta útil, pero que, sin embargo, parece “no haber considerado que el ámbito penal ha sido históricamente poco receptivo a los reclamos de las mujeres, como tampoco ha sido efectivo a la hora de castigar a quienes detentan posiciones de mayor poder, por la selectividad del sistema penal”. Y expresa que le genera alguna duda acerca de cuán efectiva va a ser la herramienta penal dadas las dificultades de prueba que acompañan a las conductas de acoso, ya que usualmente, se trata de experiencias poco públicas y cuando hay testigos, suelen también tener buenas razones para callar: conservar un trabajo, aprobar una materia, recibir un ascenso o temer algún tipo de represalia. Además, señala Bergallo que:

si a estas dificultades probatorias propias de las situaciones de acoso, le sumamos el mayor estándar probatorio exigido en el proceso penal, las posibilidades ciertas de poder probar y penalizar tales conductas parecen disminuir notablemente. Por el contrario, en el ámbito civil o laboral es posible incluir normas que faciliten la prueba de este tipo de conductas, como la inversión de la carga probatoria.

Larrauri (1997) comenta que el delito de acoso sexual introducido en el Código Penal español en 1995 no fue bien acogido por la doctrina penal; en general, su incorporación se ha atribuido a las presiones emotivas o sentimentales antes señaladas, o a las ejercidas por grupos feministas. Destaca que ya eran conductas punibles en el tipo de *amenazas condicionales*. Afirma, en consecuencia, su innecesariedad y su trato privilegiado respecto del existente delito de amenazas, concluyendo que el legislador ha cedido a “inconfesadas motivaciones de rentabilidad política inmediata”. Subraya el carácter de *ultima ratio* del derecho penal, y que no es necesario recurrir a él cuando el comportamiento carece de extrema gravedad o bien cuando otros sectores del ordenamiento jurídico otorgan protección adecuada con un medio menos lesivo que la pena.

Larrauri no concuerda con este tipo de feminismo punitivo porque considera que sobrevalora la eficacia del derecho penal para defender los intereses de las mujeres, y obvia la ilegitimidad de recurrir al derecho penal cuando existen otros medios de protección menos lesivos. Piensa que el juez penal no está en condiciones óptimas para ofrecer una solución al problema que sí pueden brindar los mecanismos de derecho laboral (aviso, cambio de turno, despido del acosador); en consecuencia, debido a su preferencia por la resolución más que por la punición, piensa que también respecto de este comportamiento se debe preconizar la intervención del derecho laboral y el derecho administrativo con antelación al derecho penal.

Con referencia al delito de acoso sexual, Flammá y Rubilar (2004) señalan que:

Del análisis comparado del proceso de reforma en América Latina, surgen algunas pautas comunes en la tipificación de la figura que pueden sintetizarse como una hipertrofia del tipo penal, que pasó a albergar un gran número de conductas antes no criminalizadas, muchas de las cuales parecen tener una excelente técnica legislativa propia del derecho civil pero que dejan, al menos, serias dudas de su compatibilidad con las garantías propias del derecho penal. [...] La paradoja que presenta el fenómeno de inflación penal se manifiesta en la falacia conceptual de la existencia de un nexo causal directo entre la criminalización de una conducta a través de una norma penal y la efectiva protección del bien jurídico.

Y, citando a Alf Ross, expresan:

De esta manera, hay que admitirlo, nuestra terminología y nuestras ideas presentan una considerable semejanza estructural con el pensamiento mágico primitivo sobre la invocación de potencias sobrenaturales que a su vez son convertidas en efectos fácticos. No podemos descartar la posibilidad de que esta semejanza esté enraizada en una tradición que, ligada al lenguaje y al poder que éste tiene sobre el pensamiento, es un viejo legado de la infancia de nuestra civilización.

Femicidio

Una corriente del movimiento feminista propugna la inclusión de un nuevo tipo penal: el “femicidio” o “feminicidio”, es decir, el homicidio de una mujer, que por supuesto está previsto en el Código Penal. En la propuesta se hace hincapié en la insuficiencia de una tipificación penal que resulta “neutra”, y se busca remediarla incluyendo agravantes por el sexo, en lugar de seguir tipificando delitos específicos.

La propuesta ha sido criticada desde el punto de vista doctrinario por el riesgo de instaurar una forma de *derecho penal de autor*—en la medida en que el feminicidio pueda ser únicamente cometido por hombres— o por la *indeterminación del bien jurídico* distinto protegido por esas nuevas normas, pues implicaría considerar más valiosa la vida de una mujer.

Toledo Vázquez (2009) apunta que “una de las críticas desde la teoría penal y de derechos humanos que persiste y se confirma al examinar gran parte de las iniciativas y leyes de la región, es el riesgo de vulneración del principio de tipicidad dada la imprecisión normativa que afecta a muchos de estos tipos penales”. Agrega que es necesario tener presente que:

estas elaboraciones conceptuales provienen de las ciencias sociales y que constituyen marcos teóricos y políticos para la acción e investigación en torno de este fenómeno; por tanto, no es posible su aplicación directa en el ámbito jurídico, en particular en lo penal, donde el principio de legalidad importa exigencias materiales y formales especialmente rigurosas en lo referido a la precisión, determinación y taxatividad de sus conceptos.

Señala también que gran parte de los modelos analizados revelan una configuración penal inadecuada porque los tipos penales suelen caer en indeterminaciones o imprecisiones normativas. Esto sucede, por un lado, por la trasposición de conceptos sociológicos o antropológicos a la esfera jurídico-penal y, por otro lado, porque se tiende a usar expresiones no del todo claras en su contenido, así como términos equívocos o vagos, de modo que la indeterminación normativa no sólo conlleva el riesgo de impugnación constitucional sino también el de la inaplicabilidad de estas disposiciones en la práctica.

La indeterminación en cuanto a los tipos penales y el nivel de imprecisión en la descripción de las conductas afectan mayormente a las normas formuladas en términos amplios, es decir, que incluyen feminicidios cometidos tanto en la esfera pública como privada, modelos que, además, suelen presentar deficiencias sistemáticas al abarcar comportamientos de diversa gravedad y características (feminicidio íntimo, familiar, sexual, etc., cometidos con diversas motivaciones y medios comisivos) en una misma tipificación penal. Los modelos que, por el contrario, se restringen a los feminicidios perpetrados en la esfera íntima, si bien logran altos niveles de precisión tienden a constituir sólo una feminización de tipos penales ya existentes, como el parricidio u homicidio calificado por parentesco, incluso manteniendo idéntica penalidad.

Además de la tipificación que se refiere a la “muerte violenta de mujeres, por el hecho de ser tales” (IIDH/CCPDH, 2006) o al “asesinato de mujeres por razones asociadas a su género” (Chejter, 2005), hay posiciones más amplias que incluyen en el feminicidio situaciones como “la mortalidad materna evitable, por aborto inseguro, por cáncer y otras enfermedades femeninas, poco o mal tratadas, y por desnutrición selectiva de género” (Caicedo, 2006). Desde esta perspectiva, se incluyen las muertes de mujeres causadas por acciones u omisiones que no necesariamente constituyen delito, básicamente porque por lo general carecen del elemento subjetivo que requieren los delitos contra la vida –la intención de matar a otra persona– o son conductas que no pueden ser imputadas a una persona determinada.

Uno de los ejes centrales de discusión es la eventual discriminación contra los hombres que implicaría sancionar más gravemente ciertos delitos cuando se cometen contra mujeres, lo que equivaldría a darle más valor a la vida o integridad física de éstas. Otra cuestión controvertida de la existencia de tipos específicos es

si estos delitos sólo pueden ser cometidos por hombres. Si la autoría fuera únicamente masculina se atentaría contra el principio de culpabilidad, lo que constituiría un ejemplo de derecho penal de autor.

En México se ha propuesto incorporar al Código Penal Federal, con pena de 20 a 40 años, además de las que correspondan por los delitos cometidos, “a quien atente, sin importar la finalidad de la acción, en contra de la vida, la dignidad, la integridad física o mental de mujeres en una determinada comunidad o región donde de manera recurrente se hubieran venido cometiendo estos delitos”, a cuyo efecto “se considera atentado en contra de la vida, la dignidad o la integridad física o mental de las mujeres”: 1) homicidio; 2) desaparición forzada; 3) secuestro; 4) violación; 5) mutilación; 6) lesiones graves; 7) trata de personas; 8) tráfico de persona; 9) tortura; 10) abuso sexual; 11) prostitución forzada; 12) esterilización forzada; 13) discriminación por orígenes étnicos, raciales, preferencia sexual o por estado de gravidez, y 14) todas las conductas (prohibidas) por los tratados internacionales en materia de derechos humanos y protección a la mujer. Es decir que contempla conductas que no necesariamente suponen la muerte de la víctima. Como señala Toledo Vázquez (2009), resulta grave que constituyan feminicidio conductas que no son constitutivas de delito, como el caso de las discriminatorias o de las señaladas en el número 14, que tiene el riesgo de ser considerada una disposición propia de una ley penal en blanco y, por tanto, atentatoria del principio de legalidad. El hecho de que el delito se cometa en una comunidad o región donde de manera recurrente se hubieran venido cometiendo estos delitos, genera un conflicto difícil de resolver si se considera el dolo que debe existir en el autor de todo delito, puesto que uno de los elementos del delito es ajeno por completo a la voluntad de quien lo comete y está dado por una situación externa, con lo que queda afectado el elemento subjetivo del tipo.

Sería importante evaluar de qué manera la tipificación del feminicidio contribuye en términos concretos a su erradicación en cada país. Según Toledo Vázquez (2009),

esto debería ser especialmente considerado en los países o regiones en que la mayor parte de las problemáticas asociadas con la persecución penal del feminicidio no se encuentran en la ausencia de un tipo penal específico, sino en cuestiones principalmente relativas a la actuación de los organismos policiales y judiciales involucrados en la investigación. En otros países, la tipificación del feminicidio puede más bien constituir una forma de distraer la atención social de las dificultades que tiene el sistema penal para abordar formas de violencia contra las mujeres *que no terminan en muerte*, y cuya superación exige reformas legales que entrañan costos económicos mucho mayores que la tipificación de nuevos delitos.

3. Normas de excepción y principios constitucionales

Como ya se esbozó en apartados anteriores, muchos de los planteos que propugnan una mayor intervención del sistema penal contradicen las reglas constitucionales y los principios consagrados en los tratados de derechos humanos, lo que muchas veces no se tiene en cuenta cuando se apoya la sanción de normas de excepción sobre esos temas, objetables desde el punto de vista constitucional.

Así, García Arán (2005) señala que el problema de la Ley Integral contra la Violencia de género de España está en que se imponen penas mayores a determinados delitos cuando tienen como víctima a una mujer –por ejemplo, las lesiones– y que ello puede violar el principio de igualdad, puesto que se considera más grave lesionar los derechos de la mujer que los del hombre. Sostiene que dicha ley “ha caído en modificar por enésima vez el Código Penal agravando las penas, cuando ya eran muy graves y ya se había demostrado que, ante una patología social como la violencia sexista, la gravedad de las penas no detiene a los maltratadores”. Y señala la autora que deben evitarse los maniqueísmos: “de lo que se trata es de saber si una ley que nace para compensar la discriminación de la mujer cae o no en la discriminación de los hombres [...]. Por tanto, hay que preguntarse si es razonablemente desigual el atentado contra la integridad física de la mujer por el hecho de serlo”; que si bien es cierto que, estadísticamente, son mucho más numerosos los casos de violencia masculina sobre las mujeres, la frecuencia de los delitos no los hace más graves individualmente considerados, que es de lo que se trata cuando se les impone una pena. No encuentra fundamento razonable en considerar de mayor rango la salud y la integridad física de la mujer y le cuesta creer que lo vea el movimiento feminista, curtido, precisamente, en la defensa de la igualdad, y afirma que la frecuencia de delitos con víctima femenina revela un problema social sobre el que hay que intervenir de muchas maneras, pero no puede llevar a una discriminación de la protección penal de los derechos en función del sexo, aunque sea positiva para la mujer.

Señala Villacampa Estiarte (2007) que el Consejo General del Poder Judicial de España, al referirse al proyecto que preveía como delito las amenazas y las coacciones leves en función del sexo del sujeto pasivo, planteó su posible inconstitucionalidad por cuanto suponía una frontal vulneración al *principio de igualdad*, no justificable con la idea de la discriminación positiva, así como su posible contradicción con el *principio de culpabilidad* –contra el derecho penal del hecho, al culpabilizar por las acciones de otros varones– si la agravación se fundamentaba en la estadística, o bien la posible afrenta al principio de proporcionalidad. En definitiva, el Consejo sostuvo que no había incremento de injusto o de culpabilidad que aumentara el merecimiento de pena, y que se estaba frente al ejemplo del derecho penal de autor, que ataca frontalmente el principio de culpabilidad.

En su crítica a la Ley de Protección Integral contra la Violencia de género vigente en España, Elena Larrauri (2004) apunta que “la creencia de que se trata de un problema social de extraordinaria magnitud autoriza el recurso a un *derecho penal excepcional*. No es sólo un derecho penal específico, lo cual no plantea tantos problemas de legitimación, es un derecho penal más severo”.

Villacampa Estiarte (2007) expresa que debería plantearse si puede existir algún fundamento, en términos de entidad del injusto cometido, que permita justificar la previsión de una mayor pena cuando la víctima sea una mujer que tenga o haya tenido una relación especial con el agresor, entendiéndose que sí, “siempre que el comportamiento del agresor sea expresión de la violencia que se ejerce para subyugar y someter a la mujer por el hecho de serlo, como un eslabón en una estrategia de dominación, y cuando ello quiera utilizarse con dicha finalidad”. En definitiva, opina que “lo que se propugna es rechazar la consideración de que el injusto es en estos casos mayor atendiendo al grupo al que pertenece la víctima, porque sobre ese tipo de consideraciones siempre planea la sombra de la afrenta a los principios de culpabilidad o del derecho penal del hecho”.

En realidad, sería discriminatorio tener en cuenta el género, pues hay características que no pueden tomarse en consideración ni en los tipos ni en los procedimientos, que deben ser iguales para todos. Sí deben tomarse en cuenta en el momento de graduar la pena, como circunstancias que determinan una mayor o menor culpabilidad, y los jueces (o juezas) que no lo hacen lo omiten, no porque no esté en la ley, sino por las pautas culturales machistas introyectadas y vigentes en la sociedad, que no se cambian mediante una ley penal.

Otro de los planteos que se propugna es que *se presuma la legítima defensa* para los delitos sexuales. Parecería que se quiere promover “justicieras” o justicia por mano propia por parte de las mujeres, precisamente cuando, desde un derecho penal garantista, se aconseja acabar con toda presunción de defensa, y que, del mismo modo, se trata de impedir que se realice una interpretación extensiva de la legítima defensa a fin de evitar, precisamente, casos de justicia por mano propia.

En relación con los *delitos culposos*, un sector del feminismo critica que el sistema de justicia penal tenga previstas penas menores, por el hecho de que muchos de esos delitos lesionan a mujeres, y propugna que, cuando haya violencia en la familia o contra mujeres o niños se evite la excarcelación, o bien que se cancele la libertad no cuando se vuelva a cometer un delito sino cuando “haya probabilidades de que así suceda”. Esto sólo puede sostenerse desde la perspectiva de los actuales discursos de “la ley y el orden” declamados por los sectores más reaccionarios, y su solo enunciado resulta notoriamente anticonstitucional.

Considerar que son bajas algunas penas previstas para delitos cometidos particularmente contra la mujer no tiene fundamento, toda vez que la ley penal no puede prever en abstracto quiénes serán víctimas de las conductas que se prohíben,

y que en todos los casos pueden ser víctimas personas de ambos sexos. Además, revela un desconocimiento de las características de la criminalización primaria, que no suele estar condicionada por el género, sino que responde a otros factores, por lo general ligados a la comisión de delitos por personas de sectores sociales desfavorecidos, o bien a reclamos coyunturales y mediáticos.

De igual modo, en relación con los delitos constitutivos de violencia en relaciones de poder dispar, se promueve una amplia intervención dentro del domicilio familiar por parte de los agentes del poder público, o bien amplias facultades de intervención para entrar a un domicilio donde fuera evidente la comisión de actos de violencia. Esto es el estado de emergencia frente a la violencia familiar, ante la cual se pretende que retrocedan todas las garantías y los principios de los instrumentos de derechos humanos.

Estas propuestas parecieran considerar que la Constitución debería regir para todos los habitantes excepto para quienes estén sospechados de haber ejercido violencia o de haber lesionado a mujeres, lo cual colisiona con todas las convenciones sobre derechos humanos.

En la Argentina, un diputado del Partido Renovador de Salta llegó al extremo de presentar en 2007 un proyecto de ley que establecía como pena la *castración química*, junto con la pena privativa de libertad, para los casos en que de la violación resultare la muerte, figura ya penada con prisión perpetua. En los fundamentos del proyecto se lee que, en relación con ciertos delitos, por sus secuelas sobre la víctima y el grupo familiar, y su repercusión en la sociedad, deben contemplarse otras medidas que no siempre pueden catalogarse de ortodoxas; se instaura, como medida para estos casos, la castración química, un método que busca reducir los niveles de testosterona (hormona que regula el deseo sexual) mediante la administración al paciente (en este caso a quien esté condenado) de una serie de compuestos químicos. “Las consecuencias de este método son la disminución del deseo sexual y de las erecciones, así como la reducción de pensamientos eróticos”. El proyecto propone “eliminar las erecciones y el deseo sexual sin utilizar la vasectomía o alguna forma de castración entendida en el sentido tradicional, que elimina un elemento probatorio por excelencia en estos delitos, los rastros de semen, mediante los cuales se pueden obtener el ADN del agresor”. Sin mayor sustento, se afirma que se logrará así el fin perseguido “que será disuasivo para quien se vea tentado a incurrir en tal conducta.”²

Sin embargo, en el fundamento se reconoce que “es cierto que la propuesta de castración química produce una colisión de derechos, entre los que se pueden nombrar, a modo ejemplificativo, la intimidad de las personas, el derecho a la salud, a la seguridad, a la libertad sexual, y a la vida”, a pesar de lo cual se afirma

² Cámara de Diputados de la Nación. Expediente 3746-D-2007.

que éste “no es el único caso en que se produce tal impacto entre derechos, el criterio jurídico general es que aquel que revista mayor importancia social deberá imponerse sobre el otro, con las restricciones imprescindibles, para que el menoscabo sufrido por el derecho de menor cuantía, sea el mínimo indispensable”. Se desconocen los derechos reconocidos en todos los pactos de derechos humanos, los cuales se aplican a todos y todas.

Otro de los argumentos que lesionan el Estado constitucional de derecho es el enfoque que se adopta en relación con la prueba al criticarse la legislación cuando exige que el delito esté debidamente probado, o bien planteando la *inversión de la carga de la prueba* cuando las víctimas sean mujeres. En lo referente a las normas de procedimiento, respecto de las pruebas, pareciera apoyarse el uso de las instituciones de emergencia como algo positivo en términos de protección de la mujer, considerándose que las garantías fundamentales limitan o impiden la persecución de los delitos cometidos en el ámbito privado. No se evalúa –a veces por desconocimiento– que esto es una consecuencia del respeto al marco constitucional, que sirve para evitar mayores atrocidades por parte del sistema penal, como por otra parte sucede también y es aplicable a todos los delitos.

El citado Informe del CEJA (2003) señala que los delitos sexuales tienen un período más largo de tramitación que otros, y ello se explica “por la naturaleza del delito y las dificultades de investigación, pero además parece ser que hay otros factores que estarían dificultando la resolución de estas causas, como por ejemplo, la dificultad para obtener peritajes, la inseguridad de los fiscales para ir a juicio hasta no tener lo que ellos consideran pruebas suficientes, que en muchos casos sería imposible obtener”. En cualquier delito, el fiscal no va a juicio hasta no tener pruebas suficientes y esto forma parte del diseño constitucional, pues de lo contrario, se lesionaría el *principio de inocencia*.

El Informe destaca, además, que si bien con el sistema acusatorio la prueba se ha flexibilizado no exigiéndose como determinantes la prueba del desfloramiento de la mujer o los rastros de la violencia física, sin embargo,

también se han elevado las exigencias respecto a la cadena de custodia y legalidad de las pruebas y a la credibilidad de los testigos (que son contrainterrogados por la defensa en el juicio, y cuya credibilidad y veracidad, así como la legalidad y verificación en el proceso de obtención y conservación de las pruebas también son objeto de los debates orales y pueden implicar la desestimación o no de un caso determinado) (CEJA, 2003).

Esto revelaría que lo que se espera en este tipo de juicios es un proceso contrario a la constitución o a los tratados de derechos humanos, pues se considera un obstáculo el resguardo de la legalidad de las pruebas, su necesaria producción en

el juicio oral, o el derecho del imputado y su defensa a interrogar a los testigos, acercándose tal planteo a un enfoque inquisitorio hoy abandonado y correspondiente a un Estado autoritario.

Se pretende suprimir determinadas garantías, lo que constituye una suerte de interpretación *sui generis* o antojadiza de la acción positiva, que plantea dejar sin efecto derechos humanos, como el *principio de inocencia*, la *inversión de la carga de la prueba* y la *derogación del principio de la duda*, supuestamente para favorecer de ese modo la posición de la mujer denunciante. La aprobación de los tratados de derechos humanos ha sido por todos celebrada y tiene que ser por todos respetada. Cuando se introduce una excepción se comienza a incorporar la ruptura de las garantías con las funestas consecuencias que ello tiene.

En este punto, es de crucial importancia recordar la doctrina establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha sido sumamente clara desde sus primeras decisiones respecto a los límites que supone el ejercicio del poder penal del Estado:

por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana (Corte IDH, caso *Velázquez Rodríguez*, 29/7/88).

La gravedad del enfoque consiste en que no repara en los medios para lograr un objetivo, y esos medios consisten en el uso del poder punitivo del Estado. Si a esos medios no se los enmarca dentro de la Constitución con el fin de hacerlos más “eficaces”, se vuelven ilegítimos. El fin no justifica los medios en el campo jurídico, y de ello tenemos amplia experiencia quienes hemos vivido con gobiernos de facto o con dictaduras que también justificaron los medios en función de los fines de enfrentar a un “enemigo”. No inventemos nuevos enemigos internos en ningún plano, pues ello nos aleja de la concreción de un verdadero Estado democrático de derecho y proporciona argumentos que apoyan el discurso de “mano dura”, que avanza en la medida en que avanza la exclusión social.

El razonamiento es similar a todos aquellos por los cuales se han efectuado abusos de los derechos humanos y de la Constitución. Es el mismo razonamiento que durante las dictaduras militares se ha tenido con la denominada “subversión”; el mismo que se emplea en el llamado “combate contra la droga”. Es el razonamiento que lleva a restringir el ámbito constitucional, a propender al desarrollo del estado policíaco y al desmedro del Estado de derecho. Esto no puede ser propiciado por los sectores que históricamente han sido discriminados y que pretenden mejorar la condición de la mujer. Éste no es el camino.

Si se opta por los medios constitucionales, de respeto de los derechos humanos de todos, no puede admitirse una excepción, pues implica una vulneración y, por lo tanto, socava el avance en la construcción de una democracia sustentada en el respeto de las garantías individuales de todos los habitantes. La excepción a determinados principios del sistema de derechos humanos termina siempre en procesos oscurantistas en los cuales los presuntos beneficiarios —en este caso el universo femenino— no van a recibir ningún beneficio, solo la ruptura del sistema de garantías que ha ido incorporándose con la democracia, y llevaría a la violación de los derechos humanos, sin distinción de género. Tales planteos llevarán, sin duda, a atacar de inconstitucionales aquellas normas penales que sean violatorias del principio de igualdad y de no discriminación, en la medida en que, por consideraciones de género, vulneren algunos de esos principios.

Hay proyectos de modificación del Código Penal, con nuevas tipificaciones penales que describen conductas abiertas. Desde el punto de vista constitucional, un proyecto debe describir minuciosamente las conductas punibles, porque podemos llegar a una propuesta en la que se defina como delito lo que “hiere los sanos sentimientos del pueblo” o lo que “hiere los sentimientos de género”. No discutimos la importancia del problema de la violencia sexual o doméstica; las críticas que formulamos se encuadran en los principios constitucionales.

El uso del sistema penal es de una complejidad infinitamente mayor; se privilegian normalmente las modalidades de intervención posibles o deseables de este sistema, dando por descontada la pertinencia de su aplicación, cuando en realidad debería primeramente discutirse esa pertinencia. No se piensa en el efecto iatrogénico de las propuestas, más allá de su evidente inconstitucionalidad.

Por otra parte, el enfoque alucinatorio lleva a considerar que determinadas cuestiones, tales como la desprotección de la víctima, se relacionan sólo con el género, cuando en realidad tal desprotección es propia del funcionamiento del sistema penal para todos, hombres y mujeres. Es preciso conocer bien el funcionamiento real del sistema penal porque, de lo contrario, no se podrá distinguir qué elementos se agregan en función del género.

Las luchas de las mujeres han contribuido a poner el acento en estos temas, haciendo que pasen del ámbito privado al social; las discusiones y las denuncias sobre la violencia doméstica, la violencia sexual, etc., las ha elevado a la categoría de problemas sociales, y esto ha redundado en mayor tutela o en extensión del control, aun como consecuencia no buscada. Esta instalación en la agenda pública del problema ha extendido lo institucional sobre la familia y la esfera privada. En tal sentido, la mayor tutela o el mayor control no significan que ello redunde en beneficio, sino que puede implicar un peligro mayor. En este punto, resulta ilustrativo lo sucedido en el ámbito de la infancia, donde tradicionalmente las respuestas se dieron por medio de una mayor tutela y de la abolición de las garantías, lo que implicó el

endurecimiento de las respuestas, sin que ello tuviera como resultado solucionar los problemas ni los conflictos, y los niños y las niñas fueron sus principales víctimas.

4. ¿La mujer como inferior?

En general, las organizaciones de mujeres han puesto el acento en la mujer como víctima del hombre, y así han propugnado reformas que la hacen aparecer como muy vulnerable, reforzando el estereotipo. Siempre la mujer es considerada víctima, y por eso se hipertrofia el tratamiento de temas como la violencia doméstica, casi exclusivo en los foros de discusión y en los estudios denominados de “género”. También el del llamado acoso sexual, el de la violación, etcétera, donde suele plantearse la situación de la mujer como débil y subordinada. Creo que se ha trabajado a partir de esa situación de inferioridad presunta; por eso detectamos que los temas tratados desde el feminismo y los movimientos de mujeres son los mencionados, como lo son cuando se los enfoca desde el derecho, tanto para el análisis como para las propuestas legislativas que las mujeres han llevado al debate.

En España, la jueza titular del Juzgado Penal 4 de Murcia, al plantear la inconstitucionalidad de la ley contra la violencia de género, señaló que “no se alcanza a comprender cómo favorece la igualdad de oportunidades para la mujer [...] el castigo más severo de conductas como la enjuiciada, cuando son cometidas por un hombre que cuando lo son por una mujer”, y sostuvo que considerar a la mujer siempre como sujeto “especialmente vulnerable” lesiona gravemente su derecho a la dignidad pues presupone una suerte de debilidad intrínseca. Puso de manifiesto que no puede presumirse la capacidad limitada o disminuida de defensa en la mujer por el solo hecho de serlo, a menos que se esté dispuesto a admitir la lesión a la dignidad femenina que supondría sostener una presunción de esa índole. Asimismo, en lo concerniente al tipo agravado de lesiones, el Consejo General del Poder Judicial de España entendió que si la cualificación obedecía a la consideración de la mujer como más vulnerable, nos hallábamos ante un supuesto de presunción legal de inferioridad de la mujer que resultaba inaceptable (Villacampa Estiarte, 2007).

En su fallo, Villacampa Estiarte (2007) sostiene que las agravaciones que pretenden ver en estas cualificaciones la muestra de un mayor requerimiento de tutela en razón de una debilidad no intrínseca sino estructural por parte de las mujeres presentan el peligro de “convertir el colectivo de las mujeres en un grupo que requiere un superior nivel de tutela, lo que no dejaría de suponer su consideración –más o menos velada– de ‘género débil’, sea por razones intrínsecas o culturales/estructurales, además de entrañar el riesgo de acabar considerando todo atentado de un hombre contra una mujer como muestra de esa estructural situación de desigualdad”.

Larrauri (2007) apunta que muchas autoras han expresado que la intervención penal obligatoria no ha supuesto ningún avance en el objetivo de habilitación o potenciación (*empowerment*) de las mujeres, puesto que éstas se han visto privadas de cualquier posibilidad de decisión sobre el arresto de su pareja o de retirar la denuncia por ellas presentadas, además de verse sometidas a un alto grado de intromisión supuestamente protectora por parte de diversos organismos estatales. Por ello, se concluye que más que dar poder a las mujeres se ha producido una sustitución del poder del marido por el del Estado.

García Arán (2005) destaca que la reforma cuestionada ha colocado a la mujer junto a los menores y los incapaces en lo relativo a la agravación de las lesiones, es decir, la presume tan vulnerable como ellos. Respecto a los menores y los incapaces, nadie duda de que, por el solo hecho de serlo, resultan más vulnerables. Pero, ¿puede decirse lo mismo de las mujeres? El delito de violencia doméstica se aplica mayoritariamente a los hombres, aunque la ley no mencione a la víctima mujer, porque ésa es la realidad, y es la aplicación individualizada de la ley la que diferencia los casos, no la ley misma. Pero la reforma del delito de lesiones toma esa realidad para presuponer que todas las mujeres son más vulnerables y que, por ello, su integridad física debe estar más protegida. Afirma que debería preocupar al movimiento feminista esa consagración legal de la mayor vulnerabilidad de la mujer.

Marina Graziosi (2000) asevera que cuando un nuevo derecho se presenta como “derecho diferenciado”, aunque tenga por finalidad dar valor a la diferencia, siempre corre el riesgo de reafirmarla como minusvalía:

No se tratará más de discriminación, sino por el contrario de tutela contra las discriminaciones. Pero será sin embargo siempre un modo de sancionar una minusvalía. Es sobre este plano, el del derecho desigual o diferenciado, que se han movido en el pasado las leyes del dominio patriarcal. Pero es también sobre este mismo plano que se mueven las intervenciones de acción positiva, que proponen una legislación de tipo emancipatoria, informadas de la idea de una ‘función promocional’ del derecho aun para las mujeres. Se trata de un plano insidioso, por sus posibles valores regresivos, que desde hace tiempo ha sido objeto de críticas agudas y atentas por parte de las mujeres.

En este sentido, advierte que:

la tutela, de hecho, termina siempre por reproducir no el paradigma de la *diferencia-diversidad*, sino el de la *diferencia-inferioridad* de la minusvalía biológica de triste memoria. Si alguna indicación podemos extraer del pasado, ella es seguramente la de evitar los ambiguos recorridos de la tutela y del derecho diferenciado: poco importa si hoy son propuestos nuevamente con intenciones loables” (Graziosi, 2000).

Cancio Meliá (1998) entiende que por muy reprochables que resulten ciertos comportamientos en el plano ético, elevarlos a la categoría de delito es, entre personas adultas, poco razonable y trata a las víctimas de la infracción no como ciudadanos y ciudadanas capaces de gobernarse a sí mismos, sino como menores necesitados de protección del ordenamiento penal. En este caso puede decirse que la novedad de la técnica punitiva utilizada entra de lleno en el ámbito de lo que se ha denominado “derecho penal simbólico”, y lo que se simboliza es una imagen poco halagüeña de la capacidad de hombres y mujeres para ejercer su libertad sexual.

En su estudio sobre el feminicidio, Toledo Vázquez (2009) señala que “también es posible identificar ciertos riesgos asociados con la tipificación específica, especialmente en el plano simbólico y político”. En lo simbólico, el riesgo de esencialización de la noción de mujer se agrava en cuanto los tipos penales específicos de violencia contra las mujeres “pueden fomentar una *equiparación entre mujer y víctima*”, que supone el riesgo de reforzarlas en ese papel y reducir aún más en el imaginario social la habilitación plena de las mujeres. Asimismo, esto puede contrariar los fines de dicha habilitación o potenciación de la mujer que fundamentan todas las normas a su favor, “incluso legitimando la adopción de medidas de prevención o protección que pueden importar una restricción a sus derechos a fin de protegerlas”.

Es pues, necesario encarar estudios e investigaciones que no se centren en la esfera doméstica y sexual y sólo en la mujer como víctima, y que no privilegien el tema intrafamiliar y otros que refuerzan el rol asignado a la mujer, tema que se trata a continuación.

5. Perspectiva de género

El análisis de las normas penales con enfoque de género nos revela cómo la mujer es tratada con arreglo al rol asignado que se moldea por medio de todas las pautas culturales, y de qué manera el derecho penal reafirma esa construcción. También nos permite detectar las normas que resultan discriminatorias para la mujer, como sucediera en el caso del adulterio. Esa constatación sobre tales normas debiera llevar necesariamente a propugnar su modificación, pero no implica que se extienda el uso del derecho represivo. No es el derecho penal el que determina las formas de ejercicio del control, y tampoco el derecho penal determina el rol que cada género cumple en la sociedad.

Hay temas que habría que analizar mejor partiendo de los enfoques de género, en particular cómo consideran a la mujer los códigos penales. ¿Cuál es el modelo de mujer objeto de tutela o de represión penal? ¿Qué figuras emplean la palabra *mujer*? Por lo general aparece en normas en las que se la tutela en función del or-

den familiar y de la maternidad y en las que se la reprime si rechaza esos “mandatos sociales”.

El análisis de los códigos penales podría demostrar también infinidad de estereotipos de género, especialmente en el campo de los delitos contra la integridad y libertad sexuales. Estos estereotipos también están presentes en la cabeza de los jueces y las juezas. Muchos interrogantes que están pendientes de respuesta podrían encontrarla si se realizaran estudios que incorporaran el enfoque de género.

Desde una perspectiva de género, es aconsejable propugnar la derogación de normas que son discriminatorias en cuanto tratan a la mujer como inferior o como inmersa en circunstancias particulares de naturaleza patológica consideradas “propias de la mujer”, en cuanto responden al rol a ella asignado. Es preciso encarar reformas que logren un enfoque igualitario, sin efectuar distinciones que impliquen discriminación por sexo ni basarse en características “particulares” de la mujer.

Según algunas posiciones, la crítica al estado actual del sistema penal nos llevaría a reincidir en las mismas respuestas que tiene hoy día dicho sistema, endureciéndolas cuando la mujer es víctima y rechazando respuestas alternativas. Por eso, es importante que el movimiento feminista impulse un planteo alternativo al uso del derecho y del poder punitivo que tuvo desde su nacimiento. No se trata de repetir el mismo enfoque, sino de aportar otra perspectiva que difiera del uso del poder punitivo tradicionalmente ideado y manejado por los hombres.

Sería conveniente encarar estudios sobre la existencia de variables de género en el tratamiento de las mujeres cuando comparecen imputadas como autoras o cómplices y como víctimas de delitos en general, más allá de la violencia doméstica y de los atentados a la integridad sexual, que son los únicos que por lo general se tratan en los enfoques de género. No se ha trabajado con el mismo énfasis en otros problemas que significan violencia contra la mujer.

Susana Chiarotti (2006) sostiene que “revisar el derecho con los lentes de género nos puede permitir descubrir estereotipos sexistas que se encuentran naturalizados y son por tanto invisibles, o ver los efectos negativos de algunas leyes que pretenden ser progresistas”. Señala que en el derecho penal la categoría analítica de género puede ser de gran utilidad y que “muchos interrogantes que están pendientes de respuesta podrían encontrarla si se realizaran estudios que la incorporaran. Por ejemplo: ¿Por qué delinquen más los hombres que las mujeres? ¿Por qué los delitos que cometen los hombres son distintos de los de las mujeres? ¿Por qué más del 90% de las mujeres no denuncian las violaciones sexuales?”

Rosa del Olmo (1998), la gran criminóloga de nuestra región, llamaba la atención acerca del silencio de la mayoría de las organizaciones de mujeres –tan desarrolladas desde los años setenta– sobre el tema de la criminalidad femenina que, pese a su gran incremento, no había sido considerado igual de relevante que otros delitos, como la violencia doméstica, la violación, el acoso sexual, el incesto, etc. Y apunta-

ba que “la mujer, siguiendo el discurso jurídico, es considerada sujeto pasivo de delitos y no sujeto activo”, lo que explica la tendencia a excluir la criminalidad femenina como tema de reflexión y acción de esas organizaciones, un silencio que debería ser analizado frente al excesivo énfasis en la mujer como víctima del hombre.

La situación de las mujeres presas –que es en sí misma violenta, al igual que la de todos los que sufren situaciones de encierro– y el tratamiento que se les dispensa tampoco han recibido la misma atención. En el informe regional sobre *Mujeres Privadas de Libertad*, efectuado, entre otras instituciones, por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), se consigna que, como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de las mujeres encarceladas, las condiciones de encierro adquieren una dimensión propia (cfr. Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú*, sentencia del 25 de noviembre de 2006). Para las mujeres, la pena privativa de la libertad se convierte en un ámbito especialmente discriminatorio y opresivo, hecho que se manifiesta en la desigualdad del tratamiento penitenciario, que no sólo se basa en ideas estereotipadas sobre las mujeres que infringen la ley penal, sino que, al haber sido diseñado para varones, no presta atención a las problemáticas específicas de las mujeres.

Vemos entonces que, por un lado, se amplía el concepto de violencia cuando se propugna la modificación de normas penales y, por el otro, no se analizan todas las situaciones que implican violencia para la mujer y que representan asimismo una situación de desigualdad.

El informe del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *Derechos humanos de las mujeres: asignaturas pendientes del Estado argentino*, pone de relieve que “uno de los problemas fundamentales en materia de derechos humanos en la Argentina, sin lugar a dudas, es la violencia que diversas instituciones del Estado ejercen sobre ciudadanos y ciudadanas del país” (CELS, 2002). Se refiere a la situación que atraviesan las mujeres privadas de su libertad en las cárceles argentinas, donde padecen múltiples violaciones a sus derechos humanos, que constituyen una forma especial de discriminación contra la mujer. El informe señala que históricamente las mujeres representaban una proporción mínima de la población carcelaria total, pero que en los últimos tiempos ese porcentaje había experimentado un importante incremento. Tomando como ejemplo la población total del Sistema Penitenciario Federal, el informe menciona que en 1984 las mujeres presas representaban 4.2% del total de la población carcelaria, y en 1998, 7.95%.

Chiarotti (2006) hace notar que cuando se analiza qué pasa con los varones y con las mujeres cuando son detenidos, surgen otras cuestiones interesantes, y que los distintos servicios penitenciarios deberían ser revisados con lentes de género, para ver si se aplica la norma de igualdad ante la ley. En relación con las actividades formativas, por ejemplo, éstas se centran en el dictado de cursos de costura o

cocina, actividades que refuerzan el rol tradicional de la mujer en la sociedad y aumentan su dependencia al hogar, dificultando el aprendizaje de tareas con salida laboral.

El informe presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en 2006, titulado *Mujeres privadas de libertad*, se refiere al *tratamiento disciplinario* destacando que “la vaguedad de los reglamentos penitenciarios habilita la imposición de sanciones indeterminadas que agravan el encarcelamiento de las mujeres”. Respecto a los tipos de sanciones aplicadas a las mujeres, éstas tienden a afectar lo más valorado dentro de la prisión; así, los castigos más severos son aquellos que afectan a las visitas o cualquier otro contacto con el mundo exterior, como el uso del teléfono. El aislamiento –más cárcel dentro de la cárcel– es el castigo más utilizado. Ileana Arduino y Luciana Sánchez (2007) señalan que debido al relativamente escaso número de prisiones de mujeres, las mujeres cumplen con la detención en establecimientos que las alejan de sus vínculos cercanos mucho más que los varones.

Del Olmo (1998) expresa que “los estudios feministas han contribuido de manera importante en el plano epistemológico de los paradigmas de la criminología, en la medida en la que han facilitado la redefinición de conceptos al cuestionarlos y al enriquecerlos”, y añade que lo que cuenta como conocimiento debe basarse en la experiencia, y que la experiencia femenina difiere sistemáticamente de la masculina. Se trata entonces de un cambio de la investigación sobre las mujeres a la investigación para las mujeres. Citando a Carol Smart, quien advertía que “las mujeres no sólo son insignificantes en los textos criminológicos, sino que también son tratadas marginalmente cuando son víctimas, como en los casos de violación, incesto, abuso infantil, violencia doméstica, etc.”, del Olmo sostiene que las mujeres son las víctimas invisibles no sólo de los actos delictivos sino del derecho penal y de las teorías criminológicas, y concluye con un llamado a la investigación, particularmente sobre los crímenes típicos de que es víctima la mujer, y su tratamiento por el sistema penal y en los textos legales. Señala que las teorías modernas están prestando atención creciente a las diferencias entre las mujeres, y se plantea el interrogante de si puede haber un solo punto de vista femenino, teniendo en cuenta que las investigaciones han comprobado las diferencias en las experiencias de las mujeres según su origen étnico y su clase social. Surge entonces la necesidad de atender a las características particulares de cada mujer. Al poner el acento en el punto de vista genéricamente femenino, haciendo hincapié en las diferencias entre el hombre y la mujer, se ha desviado la atención de temas claves como la raza, la edad y la participación femenina en la criminalidad masculina.

Susana Chiarotti (2006) aclara que “abordar el tema del derecho desde la categoría de género nos exige introducirnos en una constelación de normas sociales y jurídicas, profundamente interconectadas, y hasta tal punto incorporadas a la sub-

jetividad colectiva que parecen surgidas de la naturaleza”. Señala luego que “la cuestión de género no es la única categoría requerida para un análisis exhaustivo de la realidad. La clase, la pertenencia étnico-racial, por ejemplo, son otros status relevantes”.

“No se nace mujer, llega una a serlo”; con su célebre frase, Simone de Beauvoir muestra cómo una serie de actitudes y reglas sociales entrenan al ser humano nacido con genitales femeninos para caminar, jugar y comportarse de manera que al completar su educación pueda definírsela ya como “mujer”.

Es necesario elaborar un análisis de la construcción social de los roles sexuales. Una de las cuestiones centrales es la concerniente a la disciplina de la sexualidad y la reproducción. “Sexualidad” y “maternidad”, definidas como los lugares centrales del estatus social de las mujeres, son también los lugares de la reglamentación, de la disciplina, de la represión. La cuestión del conflicto pasa entonces de la represión a la terapia, a la neutralización; hay procesos que producen y reproducen su rol y en esto consiste el control social. De la prostituta como sinónimo de “desviación” femenina, se pasó a la “histórica”, ligada esta imagen primero a lo sexual –al útero– y luego al sistema nervioso y a lo psíquico. Pero es preciso tener en cuenta que antes las “brujas” habían sido incineradas al ser acusadas de copular con el diablo. Todas construcciones de “desviación” ligadas a lo sexual.

Nuestra experiencia del mundo está determinada parcialmente por los denominados “roles de género”. El género asignado o asumido afecta a la manera en que participaremos en el reparto de poder, así como a la influencia que tendremos en el proceso de toma de decisiones en todos los niveles de la sociedad. Salir del molde asignado para cada uno acarrea sanciones sociales. Por ello, también juzgamos de manera diferente las acciones que realizan varones y mujeres.

Se puede afirmar que existen diferencias en el campo de lo que se considera lícito o ilícito entre hombres y mujeres, y hay conductas que se consideran desviadas según las diferencias de género. Estudios efectuados en el control sociopenal de la infancia muestran distintos umbrales de tolerancia hacia ciertas conductas o, lo que es lo mismo, distinta definición de lo “desviado”, no sólo institucionalmente sino también dentro de la familia, según el género. Se nota que la intervención de los tribunales de menores solicitada por los padres es diferente para los niños que para las niñas. Los distintos grados de tolerancia de la familia respecto del comportamiento de sus miembros se revela cuando interviene el sistema de justicia juvenil, principalmente para infracciones que no constituyen delitos (inconducta, fuga del hogar, promiscuidad, etc.), donde tanto la solicitud de intervención como la solución dada por el tribunal presentan diferencias de género; por ejemplo la “fuga de hogar” más denunciada es diferente cuando se trata de una niña o adolescente que de un varón, caso este último en el que es más tolerada. Debe investigarse la diferencia entre hombres y mujeres respecto de la licitud o ilicitud, y examinar qué es

para los operadores sociales del sistema la conducta desviada femenina, y cuál es su actitud frente a la mujer.

Diversos estudios han demostrado que la mujer que ingresa al sistema penal es objeto de una triple discriminación: por su condición de mujer, por su situación de reclusa y por su pertenencia a grupos pobres y desposeídos, todo lo cual implica mayor grado de vulnerabilidad e indefensión y un acceso limitado a los mecanismos de defensa, y genera un tratamiento diferenciado hacia la mujer durante el proceso de criminalización.

Pese a la creciente criminalización y a los cambios legislativos es muy poco lo que se sabe acerca del funcionamiento real del sistema penal, y esto es admitido por el CEJA, que reconoce que ello dificulta el diseño de programas eficientes, basados en información empírica y concreta, necesaria en especial para el diseño e implementación de cualquier política pública democrática. También se reconoce que, salvo contadas excepciones, no existen políticas conjuntas o controles cruzados entre las áreas de gobierno dedicadas a la justicia y a la promoción y protección de los derechos de las mujeres.

Antes de seguir sancionando leyes criminalizadoras es preciso evaluar en qué medida las reformas efectuadas hasta ahora han contribuido a resolver el problema de la violencia contra la mujer. Solo entonces podrán recomendarse las modificaciones legislativas necesarias o bien los cambios de las prácticas existentes en la judicatura y en los operadores sociales del sistema.

Deben cuidarse sobremanera las consecuencias de los planteamientos formulados tanto por los movimientos de las víctimas de delitos como por los movimientos de mujeres. Así, Henderson (*The Wrongs of Victim's Rights*, citado por Bovino, 2005) ha señalado que, mediante el proceso de "politización de la víctima", el movimiento por los derechos de la víctima terminó por adoptar una posición decididamente conservadora que produjo

...una estructura emergente de derecho penal y procesal penal que se asemeja notablemente al modelo de "control del delito" tan opuesto al pensamiento liberal. Basados en un concepto simplificado de "víctima" y en un concepto inarticulado de "derechos", los cambios en el procedimiento penal propuestos o desarrollados por el movimiento por los derechos de la víctima son los mismos cambios defendidos por los conservadores durante largo tiempo. Irónicamente, esos cambios pueden hacer poco aun para la restringida categoría de víctimas que dieron significado al símbolo. [...] Si las reformas tienen alguna relación con las víctimas, y si son deseables, son preguntas aún sin respuesta.

6. Un modelo alternativo

Es necesario promover un debate con enfoques alternativos sobre los caminos que pueden llevar a una solución o mejora de los conflictos en los que la mujer es parte, además de los recursos punitivos. Asimismo, es preciso plantear otras opciones desde el punto de vista de la política criminológica, tratando de mejorar el resultado revictimizante que implica todo proceso penal, y pensar también qué respuestas alternativas podría ofrecer la legislación penal.

El informe de Amnistía Internacional (2004) titulado *Está en nuestra manos. No más violencia contra las mujeres* sostiene que:

la impunidad de la violencia contra las mujeres es una cuestión compleja. Muchas mujeres prefieren no hacer uso del sistema legal contra su pareja debido a los vínculos emocionales que las unen a ella y al temor a perder la custodia de sus hijos. También las desanima el hecho de que con frecuencia los sistemas de justicia penal las consideran a ellas responsables de la violencia, afirmando que fue “incitada” o “instigada” por la propia conducta de la mujer. Además, como a las mujeres se les suele negar la igualdad de acceso a los derechos económicos y sociales, muchas no disponen de los recursos económicos necesarios para acceder al sistema legal.

El informe afirma también que:

...a menudo son las autoridades locales o municipales, no el gobierno del país, las que tienen el poder sobre derechos fundamentales para las mujeres, como la educación o los servicios sociales. Estas autoridades tienen también el poder de proteger a las mujeres de la violencia a través de la policía, los tribunales y los centros de acogida. Por tanto es decisivo conseguir que las autoridades locales participen en la tarea de acabar con la violencia contra las mujeres.

El informe revela que aun en países cuyas leyes tipifican como delito la violencia contra las mujeres, “la tolerancia de esta violencia puede verse en todos los estratos de la sociedad”. El hecho de que no existan programas orientados a educar a la población, formar funcionarios y apoyar medidas para proteger a las víctimas, denota la falta de voluntad política para erradicar la violencia. En respuesta al creciente activismo, muchos países se han dedicado a reformar la legislación y a formar a los miembros del sistema de justicia penal. “Sin embargo, a medida que han ido adquiriendo experiencia, los grupos y redes de mujeres también han reconocido las dificultades de esta estrategia. Aunque la ley prohíba la violencia contra las mujeres, las instituciones sociales, las normas culturales y las estructuras políticas

de todos los países la sostienen y mantienen, convirtiendo la ley en letra muerta” (Amnistía Internacional, 2004).

Entre los principales problemas que impiden una protección adecuada de las mujeres víctimas de la violencia, Larrauri (2007) menciona la escasez de *canales alternativos o intermedios* en el sistema penal, los incompletos mecanismos de protección previos a la sentencia o posteriores a la condena, la falta de programas dirigidos a colectivos específicos de mujeres y la carencia de respuestas a demandas concretas, y concluye que se pretende encontrar la solución cuando aún se desconoce exactamente el problema.

Bovino (2005) considera que:

cualquier modelo político-criminal alternativo debe tener en cuenta, al menos, las siguientes cuestiones: a) la redefinición semántica del conflicto propia del derecho penal; b) la expropiación del conflicto representada por la intervención coactiva del acusador estatal; c) la necesidad de luchar contra estereotipos perjudiciales para las mujeres; y d) la exigencia de evitar el maltrato que las mujeres victimizadas sufren por parte de la justicia penal. Estos problemas, si bien dependen, hasta cierto punto, de la legislación sustantiva –pues es allí donde se reelabora el sentido jurídico de las nuevas instituciones–, resultan, además, las principales causas del proceso de revictimización de las personas que han sufrido una agresión sexual que se desencadena con la intervención de la justicia penal. Diversos mecanismos procesales pueden colaborar para reducir los efectos revictimizantes. Estos mecanismos, entonces, se tornan absolutamente imprescindibles.

Se trata de construir “un ‘modelo para armar’, es decir, establecer mecanismos que garanticen que la víctima sea escuchada y que se atiendan sus necesidades legítimas, aportando un modelo abierto. Diversos estudios demuestran, por un lado, el fracaso del modelo represivo y, por el otro, el hecho de que en muchos casos las víctimas no consideran adecuada la respuesta penal”. Señala Bovino que:

si se pretende, entonces, atender a estas necesidades sin caer en abstracciones sobre lo que necesitan “las mujeres”, es necesario generar mecanismos que permitan escuchar a cada una de las personas agredidas sexualmente, para atender a sus intereses concretos, sin imponerles salidas que, además de poder resultar ajenas a su propia voluntad, podrían no coincidir –e incluso, oponerse– con sus legítimos intereses y necesidades.

Plantea Bovino (2005) la posibilidad de regular un *mecanismo compositivo*. No debe identificarse composición con el pago de una suma de dinero, pues el objeto del acuerdo puede consistir en todo tipo de prestaciones, dentro del marco de

lo legalmente permitido. “Así, por ejemplo, puede ser que la víctima pretenda un reconocimiento de responsabilidad del autor del hecho, con valor jurídico, y el cumplimiento de ciertas obligaciones adicionales (por ejemplo, exclusión del hogar en caso de convivientes; sometimiento a una terapia; reparación económica que permita afrontar, entre otros gastos, un tratamiento terapéutico, etc.)”. Advierte que:

la mayor fortaleza de un mecanismo reparatorio consiste, precisamente, en su indeterminación, esto es, en el hecho de que no clausura ninguna opción posible como salida frente a un conflicto social concreto. Es esta indeterminación la que, bajo ciertas circunstancias, permitirá que las personas de carne y hueso que han sufrido una agresión sexual logren, en su caso particular, obtener, además del trato digno que merecen, alguna solución a sus legítimos reclamos y necesidades.

Precisamente porque existen relaciones de desigualdad es necesario buscar salidas alternativas para la mujer agredida que no quiera soportar el tratamiento penal coercitivo que los partidarios del modelo represivo pretenden imponerle. Deben tomarse en cuenta esas circunstancias para tratar de que se garantice que la víctima sea escuchada y atendida. Por ello, se deben propiciar mecanismos de participación que neutralicen las desventajas de la mujer agredida (Bovino, 2005).

Arduino y Sánchez (2007) hacen hincapié en la reforma de las *normas procesales*. Para el caso de las mujeres víctimas de violencia –en particular la violencia de género o sexual–, consideran necesario incorporar explícitamente a la normativa procesal, dentro del derecho a la intimidad, el reconocimiento del “derecho de la víctima a no ser objeto de información por los medios de comunicación o presentado ante la comunidad sin su consentimiento, y a formular declaraciones bajo métodos que impidan su contacto con el agresor, reduciéndolo al mínimo indispensable para la garantía del debido proceso” (Cámara Gessell), así como a otras condiciones de reducción de afectación a su intimidad durante las audiencias de debate. Respecto del derecho a recibir asistencia, debe considerarse expresamente la obligación de las autoridades de asegurar que la víctima reciba asistencia médica, psicológica, económica, alimentaria, habitacional, etc., incluida la asistencia legal para llevar adelante el ejercicio de sus derechos procesales. Asimismo, se refieren a la aplicación de *criterios de oportunidad* a casos de violencia familiar contra las mujeres, respecto de lo cual se ha sostenido que en delitos de poca entidad y difíciles de probar –por tratarse de problemas de familia que muchas veces no tienen solución judicial–, debe regularse el principio de disponibilidad, respecto de los cuales el fiscal tendría que tener facultades para no llevar el caso ante el juez.

Di Corleto (2006) enumera las *medidas de protección* para los casos de violencia intrafamiliar que pueden aplicar los juzgados de paz y de familia: allanar la morada, ordenar al presunto agresor que salga de la residencia común (con la fuerza pública si fuera necesario), obligarlo a asistir a centros de atención, prohibirle que

perturbe a cualquier integrante de la familia, vedar el acceso del presunto agresor al domicilio, prohibir que se introduzcan o mantengan armas en la casa, decomisar las armas en posesión del presunto agresor, suspender provisionalmente al presunto agresor la guardia o custodia de los hijos y abstenerse de intervenir en su ejercicio, denegar el derecho de visitas, fijar una pensión alimentaria provisional, disponer el embargo preventivo de bienes, levantar un inventario de los bienes existentes, otorgar el uso exclusivo del menaje de la casa a la persona agredida, ordenar al presunto agresor que se abstenga de interferir en el uso y disfrute de los instrumentos de trabajo de la persona agredida, establecer la reparación en dinero efectivo de los daños ocasionados a la persona agredida. Luego de haber dictado medidas de seguridad, los juzgados de familia y de paz enviarán copia de la misma al Ministerio Público, para el ejercicio de la acción penal, si se deduce la existencia de hechos delictivos, como lesiones.

En su análisis del proyecto contra el acoso sexual, Bergallo (2006) señala que una iniciativa legislativa prudente aconsejaría la consideración de las *opciones civiles y laborales* para abordar el acoso sexual en forma previa, o en su defecto conjunta, con la estrategia penal. Destaca que “el acoso sexual es una práctica social compleja y arraigada que adquiere formas diversas en distintas sociedades y ámbitos institucionales y cuyo abordaje serio requiere un conjunto de políticas públicas y privadas en el plano de la educación, la salud, las relaciones laborales, y las estructuras organizacionales”. Para el diseño de esas políticas sostiene que es necesario generar la información cualitativa y cuantitativa que permita identificar las modalidades de esta práctica, así como las experiencias y vivencias de quienes la sufren, y las potencialidades de los instrumentos para enfrentar y remediar sus consecuencias nocivas. Y se pregunta si

...al adoptar aisladamente la respuesta punitiva, no se postergarían los proyectos que promueven una estrategia integral que coordine recursos legislativos, como la que impulsan los proyectos de Políticas de Igualdad de Oportunidades en el Empleo, Violencia Laboral y propuestas específicas para regular el acoso sexual en forma amplia. Estos proyectos exigen la creación de políticas organizativas e instancias al interior de instituciones, espacios educativos y de trabajo y salud, en las cuales se procesen inicialmente las denuncias, ámbitos administrativos como alternativa, y por último el recurso judicial en sede laboral y/o civil.

Destaca que así, a diferencia del proyecto aprobado en el Senado, en el que se atribuye un alto grado de prioridad a la sanción del responsable,

...otras propuestas que también cuentan con estado legislativo manifiestan mayor preocupación por la situación de la víctima, y previendo la adopción de diversas po-

líticas y medidas tendientes a prevenir en forma más definida el acoso en diversos ámbitos y, en el caso de que estas políticas preventivas fallen, se establecen mecanismos destinados a asegurar la permanencia en el empleo de las víctimas, la protección a testigos, la indemnización por los daños materiales y morales sufridos, entre otras cuestiones.

Para completar su análisis del acoso sexual, Bergallo (2006) describe las experiencias de tres países, comenzando por Estados Unidos, cuya Corte Suprema reconoció ya en 1986 la responsabilidad extracontractual frente al acoso sexual. Sin embargo, en ese país nunca se recurrió a la criminalización como estrategia para combatirlo, sino que se prefirieron las soluciones civiles y la sanción, tanto a los acosadores como a los empleadores que toleran conductas de acoso, mediante indemnizaciones cuantiosas que suponen un efecto ejemplificador importante. Israel sancionó en 1988 una norma penal que tipificaba el acoso, y en 1998, luego de una década en la que prácticamente no habían llegado este tipo de casos a los tribunales, una reforma legislativa aprobó la Ley de Prevención del Acoso Sexual, que incluyó una aproximación más completa desde el punto de vista penal y civil. En Chile, con la reforma de la Ley Laboral se dio prioridad a la instancia no penal, se incluyó una definición más amplia y se exigió la creación de instancias administrativas y el empleo para procesar las denuncias.

Es pues, necesario plantearse cuáles son los mejores caminos para lograr un avance en materia de género, contemplando al mismo tiempo la posibilidad de elección de la respuesta adecuada para la mujer concreta que enfrenta un conflicto, así como otras situaciones de violencia, más allá de la intrafamiliar, que puede sufrir una mujer. Es preciso “despenalizar” las respuestas posibles.

Hay que desterrar las posiciones feministas francamente “maternalistas”, en el sentido de que dejan de lado a la mujer como sujeto único y particular, para pasar a construir un mero concepto genérico, que abarcaría a todas las mujeres, en cuyo nombre peticionan y deciden, sustituyendo o contradiciendo la voluntad de la titular del conflicto en aras de una “tutela” basada en valores que suelen ser meramente los propios de una profesional de clase media. Cuando esto se vuelca en propuestas legislativas que solo responden a tales parámetros, muchas veces el resultado es acen-tuar la desprotección de las mujeres de otros sectores sociales menos favorecidos.

Como afirma García Arán (2005): “Un derecho penal justo es un derecho proporcionado e igualitario. Y el valor de la justicia no debe rebajarse para tranquilizar la alarma social que, con toda razón, genera la violencia sexista. El movimiento feminista tiene una historia gloriosa porque lucha por los derechos de la mitad de la población, pero no puede entrar en contradicción con lo que defiende, infravalorando los derechos de la otra mitad.”

Es cierto, “hemos recorrido un largo camino, muchachas”, al final del cual no puede estar la política de “tolerancia cero”, sino la defensa de los principios constitucionales, de los derechos humanos para todos, porque cuando en los Estados autoritarios se violaban estos derechos, no se preguntaba por el género. El movimiento de mujeres, que lucha contra la discriminación y por la igualdad, no puede utilizar esos recursos, debe proponer otra visión del uso del poder punitivo y de la defensa del Estado de derecho, por lo menos diferente de la que hasta ahora han tenido quienes tradicionalmente han manejado ese poder.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (2006, octubre). *Mujeres privadas de libertad*. Informe regional (Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay) presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Capítulo Boliviano de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, CLADEM –oficinas de Argentina, Chile, Paraguay y Uruguay–, Coordinadora de Derechos Humanos del Paraguay, Coordinación de Mujeres del Paraguay, INECIP Argentina, INECIP Paraguay, SERPAJ Uruguay y la Universidad Diego Portales de Chile.
- Almeda Samaranch, E. (2002). *Corregir y castigar. El ayer y hoy de las cárceles de mujeres*. Barcelona, España, Bellaterra.
- Aministía Internacional (2004). *Está en nuestras manos. No más violencia contra las mujeres*. Amnistía Internacional (EDAI). Disponible en <www.amnistiainternacional.org>.
- Antony, C. (1993). “Mujer y normatividad penal: panorama de la discusión legal en América Latina desde la perspectiva de género”, en *Nullum Crimen 2*. Santa Cruz de la Sierra, Bolivia.
- _____ (1998). “Mujer y cárcel: el rol genérico en la ejecución de la pena”, en R. del Olmo (coord.), *Criminalidad y criminalización de la mujer en la Región Andina*. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Comisión Andina de Juristas-Fundación Félix Rivas. Caracas, Venezuela, Editorial Nueva Sociedad.
- Arduino, I. y Sánchez, L. (2007). *Propuestas para la incorporación de la perspectiva de género en la reforma al Código Procesal Penal de la Nación*. Grupo Justicia y Género, Centro Interdisciplinario para el Estudio de Políticas Públicas (CIEPP). Disponible en <www.pensamientopenal.com.ar>.

- Azaola, E. (2005). "Las mujeres en el sistema de justicia penal y la antropología a la que adhiero", en *Cuadernos de Antropología Social* (22). Buenos Aires, Argentina, Instituto de Ciencias Antropológicas.
- (1998). "Nuevas tendencias de la criminalidad femenina", en R. del Olmo (coord.), *Criminalidad y criminalización de la mujer en la Región Andina*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Comisión Andina de Juristas-Fundación Félix Rivas. Caracas, Venezuela, Editorial Nueva Sociedad.
- Baratta, A. (1986). *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. México, Siglo XXI.
- Bergallo, P. (2006, 18 de julio). Presentación sobre el acoso sexual realizada en la Cámara de Diputados de la Nación. Centro Interdisciplinario para el Estudio de Políticas Públicas (CIEPP).
- Bovino, A. (2005). "Agresiones sexuales y justicia penal", en A. Bovino y C. Hurtado (colabs.), *Justicia penal y derechos humanos*. Buenos Aires, Argentina, Editores Del Puerto.
- (2000). "Delitos sexuales y justicia penal", en H. Birgin (comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*. Buenos Aires, Argentina, Biblos.
- (2005). *Dictamen sobre Proyecto de Ley C.D. 140/03 y Proyecto de Ley S-645/03* (trabajo inédito, para el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Buenos Aires). Argentina.
- Caicedo, A. (2006, 2 de agosto). "Conferencia en Taller Regional sobre Femicidio", CCP-DH-IIDH. Guatemala.
- Cancio Meliá, M. (1998). "Los delitos de agresiones sexuales. Abusos sexuales y acoso sexual en el nuevo código penal español", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal* (8). Buenos Aires, Argentina, Ad-Hoc.
- Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) (2003, julio). *Evaluación de la reforma procesal penal con perspectiva de género*. Informe Preliminar.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) (2002, agosto). *Derechos humanos de las mujeres: asignaturas pendientes del Estado argentino*. Contrainforme presentado por un grupo de ONG al Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW).
- Chejter, S. (2005). *Femicidios e impunidad*. Centro de Encuentros Cultura y Mujer. Argentina.
- (2001). *Delitos contra la honestidad, delitos contra la integridad sexual. Notas para un debate acerca de las modificaciones propuestas al Código Penal en lo referente a las violaciones*. Buenos Aires, Argentina, CECYM.
- Chiarotti, S (2006). "Aportes al Derecho desde la teoría de género", en *Otras Miradas*, 6(1). Mérida, Venezuela, Universidad de los Andes. Disponible en <www.saber.ula.ve>.

- Christie, N. (1992). "Los conflictos como pertenencia", en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires, Argentina, Ad-Hoc.
- Di Corleto, J. (2006). "Mujeres que matan. Legítima defensa en caso de mujeres golpeadas", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* (5). Buenos Aires, Argentina, Lexis Nexis.
- Durán Moreno, L. M. "Apuntes sobre criminología feminista". Disponible en: <www.pensamientopenal.com.ar>.
- Flammá, M y C. Rubilar (2004, septiembre). "Delitos contra la integridad sexual e inflación penal. Soluciones y alternativas al Derecho Penal en el delito de acoso sexual en el ámbito laboral". Ponencia presentada en el XVI Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología. Lima, Perú.
- García Arán, M. (2005, 21 de agosto). "El sexo presuntamente débil", en *El Periódico*, España.
- Graziosi, M. (2000). "Infirmas sexus. La mujer en el imaginario penal", en *Democrazia e Diritto*, traducido por M. Beloff y C. Curtis, Centro de Estudios y de Iniciativas para la Reforma del Estado.
- Hassemer, W. (1995). *Crítica al derecho penal de hoy*. Buenos Aires, Argentina, Ad-Hoc.
- (1994, marzo). "El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal 'eficaz'", en *Revista Ciencias Penales* (8). Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.
- Hercovich, I. (2002, septiembre). "Una crítica a los paradigmas dominantes en relación con la violencia sexual contra las mujeres". Conferencia dictada en el marco del seminario Violencia contra las mujeres, derecho penal y políticas públicas, organizado por el Colegio de Abogados de Costa Rica.
- IIDH/CCPDH (2006). *Situación y análisis del femicidio en la región centroamericana*. Informe Regional. San José, Costa Rica.
- Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI) (2007). *Panorama de violencia contra las mujeres en los Estados Unidos Mexicanos. Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares* (ENDIREH). México.
- Larrandart, L. (2000). "Control social, derecho penal y género", en H. Birgin (comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*. Buenos Aires, Argentina, Biblos.
- (1995). *La mujer en los códigos penales. Estudio comparativo de 19 códigos penales latinoamericanos*. Investigación para el Fondo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM).
- (1992). "El control social de la mujer y sus interrogantes desde el punto de vista de la criminología". Ponencia presentada en el Encuentro Latinoamericano de Criminología. Santa Cruz de la Sierra, Bolivia.

- Larrauri, E. (2009, febrero). "Igualdad y violencia de género: comentario a la STC 59/2008", en *Revista para el Análisis del Derecho InDret*. Disponible en <www.in-dret.com>.
- (2007). *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid, España, Trotta.
- (2006). "La mujer ante el derecho penal", en *Revista Pensamiento Penal*. Disponible en <www.pensamientopenal.com.ar>.
- (2004). "Violencia de género: la visión de la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género". Proyecto de investigación SEJ2005-08955-c02-01/JURI. Universidad Autónoma de Barcelona. España.
- (1997). "El nuevo delito de acoso sexual: una primera valoración", en *Cuadernos de Derecho Judicial* (7). Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial. Madrid, España. Disponible en <www.cienciaspenales.net>.
- (1994). "Control formal y el derecho penal de las mujeres", en *Mujeres, derecho penal y criminología*. Madrid, España, Siglo XXI.
- Laurenzo, P. (2009). "La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo", en P. Laurenzo, M. L. Maqueda y A. Rubio (coords.), *Género, violencia y derecho*. Buenos Aires, Argentina, Del Puerto.
- Martín, A. N. (2008). "Poder punitivo, discurso de género y Ley 25.087 en su interpretación jurisprudencial", en *Revista Electrónica Derecho Penal*. Disponible en <www.derechopenalonline.com.ar>.
- Olmo, R. del (1998). "Teorías sobre la criminalidad femenina", en R. del Olmo, (coord.), *Criminalidad y criminalización de la mujer en la Región Andina*. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Comisión Andina de Juristas-Fundación Félix Rivas. Caracas, Venezuela, Editorial Nueva Sociedad.
- Pitch, T. (1987). *Diritto e Rovescio. Studi sulle donne e il controllo sociale*. Napoli, Italia: Scientifiche Italiane.
- Rodríguez, M. (2000). "Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas", en H. Birgin (comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*. Buenos Aires, Argentina, Biblos.
- Smaus, G. (1992). "Abolicionismo: el punto de vista feminista", en *No hay derecho* (7). Buenos Aires, Argentina.
- Toledo Vázquez, P. (2009). *Feminicidio*. Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH). México. Disponible en <www.hchr.org.mx/documentos%5Clibros%5Cfeminicidio.pdf>.
- Villacampa Estiarte, C. (2007). "El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de su constitucionalidad", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (9). Disponible en: <www.criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-12.pdf>.

LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LOS AVANCES EN MATERIA DE JUSTICIA DE GÉNERO: UNA MIRADA RETROSPECTIVA

Lorena Fries

1. Introducción

Resulta ya repetitivo señalar que el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional es un tratado que como ningún otro logró transversalizar los intereses de género en el ámbito de la justicia internacional. Sin embargo, vale la pena volver a repasar este proceso y sus resultados a la luz de su entrada en funcionamiento y del conocimiento que tiene la Corte Penal Internacional en materia de crímenes de lesa humanidad y de guerra en cuatro países del continente africano.¹

En este sentido, los avances normativos en materia de justicia de género del Estatuto de Roma forman parte de un proceso mayor que se vincula con el proceso de reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres como parte integral de los derechos humanos, cuestión que de manera explícita se recogió en la Declaración y Plataforma de Acción de la Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing.² Los derechos humanos de las mujeres si bien han sido parte del desarrollo del de-

¹ La conferencia que da origen a este trabajo fue dictada en marzo de 2009. No puedo dejar de señalar que este ejercicio analítico que tiene lugar durante 2009 se hace en un momento muy especial. Luego de más de una década desde que la Corte Penal se aprobara y habiendo trabajado junto con muchas otras mujeres para que los países de América Latina, propios y ajenos, ratificaran el Estatuto de Roma, Chile, el único país de América Latina que tenía su proceso de ratificación pendiente, lo aprobó en el Congreso. Con pleno derecho entonces es posible hacer este análisis esperando que los distintos Estados de la región jueguen un papel central reafirmando la necesidad de aplicar la normativa de género del Estatuto.

² Informe IV Conferencia Mundial de la Mujer. Beijing, 1995 (A/CONF.177/20/).

recho internacional de los derechos humanos en el Sistema de Naciones Unidas, tienen un *status* que ha ido variando. Bajo el principio de no discriminación, clausula que integra todos los tratados de derechos humanos, en una primera etapa, se buscó corregir situaciones de desigualdad en relación a la nacionalidad en el matrimonio y a la participación política de las mujeres. Una segunda etapa en el campo normativo está marcada por la adopción de la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación hacia la Mujer y por la Convención del mismo nombre. De situaciones particulares que dan cuenta de discriminaciones concretas que se requiere superar a la luz del principio de universalidad de los derechos humanos se pasa al reconocimiento de “la mujer” como sujeto de derechos. Así, se pone en cuestión el concepto de universalidad por no ser capaz de dar cuenta de la experiencia y voces de las mujeres y se inaugura un período que afirma la existencia de un sujeto de derechos particular. Sin embargo, la existencia de un estatuto jurídico que reconoce derechos a las mujeres en todo el mundo produce el efecto no deseado de fijar a las mujeres y sus derechos en una alteridad que las re-marginaliza en el campo de los derechos humanos. La Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) se incorpora al cuerpo normativo de derechos humanos sin mecanismos de protección de los derechos que reconoce, y su Comité a diferencia de los otros órganos de supervisión de tratados, deberá sesionar en Nueva York y no en Ginebra, como es la tradición.

Aún así, es a propósito de la CEDAW y de un conjunto de mujeres que integran las diferentes instancias y estructuras de derechos humanos en Naciones Unidas, que el concepto de género y los derechos humanos de las mujeres empiezan a permear el discurso de los derechos humanos. Recomendaciones generales que hasta entonces no habían abordado esta problemática, se incorporan al marco interpretativo de los derechos humanos entregando herramientas concretas que facilitan la determinación del sentido y alcance de los derechos que se reconocen en los tratados y convenciones. A esta suerte de transversalización por la vía de los hechos le sigue la adopción, en una tercera etapa, de una política de transversalización que tiene por objeto permear el quehacer en su conjunto del sistema de Naciones Unidas y garantizar el acceso de mujeres a todas sus instancias. El Estatuto de Roma es un producto de dicha política y del impulso que a partir de la misma asumieron las organizaciones de mujeres de la sociedad civil entre las que se contaban académicas y expertas en derechos humanos de las mujeres.

Con el arribo del siglo XXI se inicia un período que se caracteriza ya no por la producción normativa, sino por la aplicación de la misma. El Protocolo Facultativo de la CEDAW³ y el Estatuto de Roma en sus respectivos ámbitos –el de la respon-

³ Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, diciembre de 2000.

sabilidad del Estado y la responsabilidad penal individual– se enfrentan de manera paralela a un conjunto de nuevos desafíos vinculados con la práctica de las instituciones y de los operadores de justicia. Ligado a estos procesos de universalización en la práctica de los derechos humanos de las mujeres, la violencia contra éstas se constituyó en la problemática central en materia de aplicación del marco de derechos a nivel internacional.

Desde el ámbito de los derechos humanos, la violencia contra las mujeres había cobrado en la década de los noventa un lugar privilegiado en la agenda global. La Plataforma de Acción de Viena y la de Beijing habían visibilizado la situación de millones de mujeres que cotidianamente, en tiempos de paz y en contextos de conflicto armado, eran objeto de violencia por el hecho de ser tales y en una proporción desproporcionadamente mayor que los hombres, dando cuenta de un sistema de subordinación que utilizaba dicha violencia como forma de dominación. La Declaración de Naciones Unidas sobre Violencia contra las Mujeres y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres⁴ junto con la creación de la Relatoría Especial sobre Violencia contra las Mujeres fueron fundamentales en el relevamiento, comprensión, y análisis de la violencia, sus causas y consecuencias.

Desde otra vertiente, el derecho humanitario también avanza. En efecto, hasta la creación de los Tribunales *ad-hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda, el derecho que regula la guerra y protege a los civiles de las hostilidades, si bien consideraba la protección a las mujeres –fundamentalmente de las embarazadas y madres de hijos/as pequeños/as– sancionaba la violencia sexual como un atentado al honor y/o el pudor. La poca relevancia que le dieron los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Facultativos a la violencia contra las mujeres se expresaron en que este tipo de conductas no fuese considerado una infracción grave a dichos instrumentos internacionales.

La existencia de conflictos armados internos, característica que estos habían asumido después del término de la guerra fría y en plena explosión de la comunicación global, permitieron evidenciar los crímenes de que fueron objeto –en su gran mayoría– mujeres y niños/as en Ruanda y en la ex Yugoslavia. Los Tribunales Penales *ad-hoc* creados por resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas⁵ para juzgar los crímenes de guerra y lesa humanidad cometidos en ambos territorios, serían la entrada al procesamiento y sanción de la violencia sexual de que habían sido objeto las mujeres durante los respectivos conflictos. La Resolución

⁴ Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en su vigésimo cuarto período ordinario de sesiones el 9 de junio de 1994 en Belém do Pará, Brasil.

⁵ UNSC Res. 827 de 25 de mayo de 1993 y UNSC Res. 955 del 8 de noviembre de 1994.

1325,⁶ posterior a la adopción del Estatuto de Roma pero anterior al inicio de funciones de la Corte Penal Internacional, vendría a reforzar la necesidad de incorporar a mujeres en todas las instancias de construcción de paz y de solución de conflictos, incluidas instancias jurisdiccionales como forma de incorporar sus intereses y necesidades, gravemente afectados durante los conflictos armados, a los procesos de restauración y reparación.

La Corte Penal Internacional se enfrenta a su propio test: demostrar que sus autoridades y su andamiaje son capaces de implementar en la práctica, y a la luz de las situaciones de las que está conociendo, el conjunto de avances normativos que se lograron en estos 15 años⁷ y que se vieron reflejados en el Estatuto de Roma.

2. La jurisdicción de la Corte Penal Internacional sobre crímenes de violencia sexual contra las mujeres

El Estatuto de Roma es el primer tratado internacional universal que tipifica un amplio conjunto de conductas vinculadas explícitamente con la violencia de género de que son objeto las mujeres en conflictos armados y en situaciones de represión (es decir, fuera del ámbito de las relaciones privadas) y que persigue la responsabilidad penal de los que la ejercen.

En el derecho internacional de los derechos humanos y antes de la adopción del Estatuto de Roma ya se había avanzado en materia de violencia contra las mujeres con la adopción de instrumentos internacionales que establecían la responsabilidad del Estado por no garantizar y proteger a las mujeres en su derecho a vivir una vida libre de violencia.⁸ En el ámbito del derecho internacional humanitario, este reconocimiento, sin embargo, había sido mínimo. La violencia sexual en cualquiera de sus expresiones no era considerada una infracción grave a los Convenios de Ginebra, y sólo algunas de ellas –violación y prostitución forzada– eran nombradas como infracciones a las leyes y usos aplicables en los conflictos armados, pero sólo en tanto atentados contra el honor o el pudor, dando cuenta de su subvaloración en este ámbito. A esto cabe agregar que dado que el derecho internacional humanitario en la práctica requería a los propios Estados en conflicto asumir la responsabilidad de perseguir individualmente a quienes cometieran crímenes de gue-

⁶ UNSC Res. 1325 del 31 de octubre de 2000.

⁷ Considerando como punto de partida la Declaración de Naciones Unidas para Eliminar la Violencia contra las Mujeres en 1994 como el punto de partida formal.

⁸ Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra las Mujeres, A/RES/34/180 de 18 de diciembre de 1979; Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, A/RES/48/104 de 23 de febrero de 1994; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres.

rra, esto significó impunidad en general pero en particular en torno a crímenes de violencia sexual. Los Tribunales Penales *ad-hoc* para la ex Yugoslavia y Rwanda y su jurisprudencia en relación a crímenes de violencia sexual serían claves en relación a estos aspectos; consideraron las diversas formas de violencia sexual como crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en sus respectivos estatutos, y procesaron y sancionaron a los que los cometieron.

El Estatuto de Roma establece que la Corte Penal Internacional es competente para conocer sobre los crímenes de genocidio, lesa humanidad y de guerra que se cometan en su jurisdicción.⁹

Cada uno de estos crímenes, se conforma a partir de un conjunto de acciones o conductas que integran, junto a sus requisitos o elementos generales, el tipo penal. Si en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Facultativos la violencia sexual era considerada una infracción menor o una que debía ser subsumida en otra conducta mas grave como la tortura o la esclavitud, en el Estatuto de Roma, la situación cambió al entregarle al fiscal y a los jueces la posibilidad de procesar la violencia sexual *per se* y mediante otra conducta. En efecto, al poner la violencia sexual en sus diferentes expresiones como parte constitutiva del tipo penal –al igual que la tortura o que la esclavitud– se logró su reconocimiento en el discurso jurídico.

Crimen de genocidio

El crimen de genocidio fue reconocido como tal en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.¹⁰ El Estatuto de Roma mantiene la misma definición que la Convención:

Artículo 6

A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por genocidio, cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo

⁹ El crimen de agresión, si bien es parte del Estatuto de Roma, no fue aprobado durante la conferencia de Plenipotenciarios realizada en Roma por falta de acuerdo. Entre 1998 y el 2010, año en que se celebrará la conferencia de revisión del Estatuto se espera poder contar con una definición consensuada.

¹⁰ Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948, entró en vigor el 12 de enero de 1951.

- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo, a otro grupo

A propósito de la preparación de la conferencia de Revisión del Estatuto de Roma cabe recordar que el género como un elemento a incluir, junto con los motivos políticos en la definición del genocidio, quedó pendiente. En efecto, se priorizó el consenso logrado para la definición de la Convención frente a la dificultad de construir uno que incluyera estas dos causales. A la luz de la jurisprudencia dictada al año 2009 y de experiencias concretas podría intentarse su inclusión en la Asamblea de Estados Partes prevista para 2010, que tendrá como objetivo central revisar la aplicabilidad del Estatuto.

Aun cuando esto no se produjera sin embargo, el desarrollo de jurisprudencia en los Tribunales *ad-hoc*, posterior a la entrada en vigencia del Estatuto de Roma, contribuye a la consideración de la violencia sexual como elemento constitutivo de las acciones genocidas. Si en la discusión sobre el genocidio y la inclusión de la violencia sexual el caso *Akayesu*¹¹ había sido gravitante, la jurisprudencia emanada de los Tribunales *ad-hoc* con posterioridad al año 1998 y 1999 han permitido generar un mayor entendimiento de cómo opera dicha violencia para destruir total o parcialmente a un grupo con las características que señala el Estatuto.

Violencia sexual como crimen de guerra y de lesa humanidad

Las expresiones de violencia sexual que tipifica el Estatuto de Roma son las mismas bajo la categoría de crímenes de lesa humanidad o de crímenes de guerra. La diferencia radica en los requisitos de contextos que imponen uno y otro crimen.

El artículo 7 del Estatuto de Roma establece que: “[...] se entenderá por crimen de lesa humanidad cualquiera de los actos [...] cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”. Los crímenes de guerra, en cambio presuponen un contexto de conflicto armado por lo que la referencia que se hace es genérica, poniendo un énfasis particular aunque no exclusivo, en caso de que se cometan “[...] como parte de un plan o una política, o como parte de la comisión a gran escala de tales crímenes”.¹²

¹¹ *Fiscalía v. Akayesu*. Caso ICTR-96-4-T, 2 de octubre de 1998. Disponible en <www.ictor.org>.

¹² Artículo 8, párrafo 1, Estatuto de Roma.

Violación sexual

La violación sexual es quizás una de las formas de violencia que han dado lugar a diversas interpretaciones en el ámbito jurisprudencial de los Tribunales *ad-hoc* desde el citado caso *Akayesu*. El Anexo sobre Crímenes¹³ que acompaña el Estatuto de Roma y que constituye una guía tanto en términos de aplicación del estatuto como en términos de la adecuación legislativa que están obligados a realizar los Estados una vez ratificado el Estatuto, establece como elementos del tipo:

1. Que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.
2. Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento...¹⁴

Los aspectos en torno a los cuales surgió debate en relación con la violación son dos. El primero referido a si se debe adoptar una definición de violación basada en una descripción mecánica de la acción o si la aproximación debe ser conceptual y por tanto dar cuenta de los efectos o consecuencias de la acción. El segundo aspecto es el que se relaciona con el consentimiento y la fuerza como dos términos excluyentes que concursan para verificar la existencia de la violación.

La jurisprudencia en torno a la violación a partir del caso *Akayesu* ha sido ambigua en relación con cuál de las aproximaciones jurídicas asumir. Si bien en los casos que al año 2009 se encuentran bajo conocimiento de la Corte Penal Internacional hay dos al menos en los que se han confirmado cargos de violación como crimen de lesa humanidad y de guerra, es importante seguir la sustanciación de dichos casos para efectos de ver el tratamiento que se le dará a la misma.

Akayesu claramente asumió una perspectiva conceptual de la violación y en la que el énfasis estuvo dado por la invasión corporal y por los efectos que la misma puede tener en las mujeres que la sufren, al punto de constituir una forma de genocidio. Una situación similar es la que refiere al crimen de tortura cuya definición tanto en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o

¹³ Anexo Elementos de los Crímenes (ICC-ASP/1/3).

¹⁴ Anexo Elementos de los Crímenes.

Degradantes¹⁵ como en el anexo sobre crímenes del Estatuto¹⁶ hacen referencia a los motivos y las consecuencias sin describir el conjunto de acciones que podrían constituirlos. En la base de esta diferencia en el tratamiento de una y otra, hay un doble parámetro.

El Estatuto en su definición de violación se aparta de este enfoque más conceptual de la acción e incluye, en una redacción poco clara –producto de la negociación en torno al enfoque a asumir– tanto aspectos de una como de otra aproximación.

Esclavitud sexual

En el ámbito de los derechos humanos, la esclavitud ya había sido incluida como violación a los derechos humanos en la Convención sobre Esclavitud¹⁷ y en la Convención Suplementaria sobre Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud.¹⁸ En estricto rigor, la esclavitud sexual fue parte de las definiciones de este segundo instrumento, sin embargo, ello no se tradujo necesariamente en legislaciones nacionales que la sancionaran. La prohibición que pesa sobre la esclavitud es en la actualidad una norma de *jus cogens* lo que obliga a los Estados más allá de la adopción o ratificación de estos tratados internacionales a procesarla y sancionarla donde ésta exista.

El Estatuto de Roma aún sin contar con jurisprudencia por parte de los Tribunales *ad-hoc*, incluyó la esclavitud y la esclavitud sexual como dos crímenes diferentes no subsumidos el último, en el primero. La complejidad del crimen permite que haya más de un autor.

En relación con la esclavitud sexual, el tratado señala en su artículo 7 y en el Anexo de los Elementos de los Crímenes que se requiere para configurar este crimen:

Que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad.

Que el autor haya hecho que esa o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual...¹⁹

¹⁵ Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984 y entró en vigor el 26 de junio de 1987.

¹⁶ Anexo Elementos de los Crímenes, artículo 7.1 f).

¹⁷ Firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926, en vigor desde el 9 de marzo de 1927.

¹⁸ Adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 608 (XXI), del 30 de abril de 1956, en vigor desde el 30 de abril de 1957.

¹⁹ Anexo de los Crímenes, artículo 7. 1g)-2.

Por su parte, y antes de que se redactara y aprobara el Anexo sobre Elementos de los Crímenes, en la figura de esclavitud se incorporó el tráfico de personas especialmente de mujeres y niños/as.²⁰

La esclavitud sexual que afecta principalmente a mujeres, sigue siendo una conducta en muchos casos naturalizada. El caso de las llamadas “mujeres de solaz” o *comfort women* para aludir a las niñas, adolescentes y adultas que fueron desarraigadas de sus familias y comunidades para acompañar a las tropas japonesas y servirles sexualmente, vino a conocerse recién en 2000 gracias al tribunal simbólico realizado por un conjunto de organizaciones de mujeres que a nivel global lograron articular, de acuerdo con el derecho, una condena para el emperador Hirohito. Este hecho fue crucial en el caso *FOCA*²¹ que llevó a procesar por esclavitud sexual a un grupo de militares serbios de Bosnia que junto con detener a mujeres musulmanas las obligaban a que realizaran servicios domésticos y sexuales.

Prostitución forzada

El crimen de prostitución forzada no es una innovación en relación al Estatuto. Se encontraba presente ya en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Facultativos.²² La cercanía de esta figura con la de esclavitud sexual es evidente más aún cuando se trata de actos de naturaleza sexual que pueden tener como autores a más de una persona y que pueden entenderse como parte del ejercicio del derecho a utilizar a una persona a cambio de un precio en dinero o en especie. ¿Existe entonces la prostitución forzada que no sea esclavitud sexual? Pareciera difícil más aún en contextos que responden a conflictos armados o bien a situaciones de ataque sistemático o generalizado a la población civil. Por ahora, si bien ha habido denuncias crecientes de este tipo de situaciones, en particular en relación con las Fuerzas de Paz de Naciones Unidas, lo cierto es que no hay casos en conocimiento de la Corte Penal Internacional.

El Estatuto de Roma establece que se está ante un crimen de prostitución forzada como crimen de lesa humanidad o de guerra cuando se reúnen además de los de intencionalidad, los siguientes:

Que al autor haya hecho que una o más personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual por la fuerza, o mediante amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder contra esa o esas personas u otra perso-

²⁰ Artículo 7.2 c) del Estatuto de Roma.

²¹ *Fiscalía vs Kunarac et al.* IT-96-23 y 23/1. Disponible en <www.icty.org>.

²² Artículo 75 del II Protocolo Facultativo a los Convenios de Ginebra.

na, o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento.

Que el autor u otra persona hayan obtenido, o esperaran obtener, ventajas pecuniarias o de otro tipo a cambio de los actos de naturaleza sexual o en relación a ellos.

Para evitar que se entendiera la prostitución forzada de manera restrictiva, esto es, vinculada sólo a la fuerza física, directa e inmediata, se incorporó en la definición no sólo expresiones no físicas de fuerza, sino que además se abrió un listado que a modo de ejemplo da cuenta de la no existencia en ningún caso de consentimiento. Con ello no se hace necesario analizar jurídicamente la eventual existencia de consentimiento, puesto que prácticamente en todos los supuestos a que se refiere el Estatuto de Roma, el contexto al menos es coercitivo.

Embarazo forzado y esterilización forzada

Las concepciones religiosas han sido claves en la delimitación y definición de este crimen. Sin embargo, la evidencia del uso del embarazo forzado como herramienta de sometimiento en conflictos es evidente desde los tiempos coloniales y hasta la actualidad, incluyendo experiencias como la de Argentina durante la dictadura militar de 1976-1983 y la de la ex Yugoslavia.

El temor en este caso se vinculaba con la posibilidad de, por una parte, avalar la posibilidad de abortos en un instrumento internacional y por otra inducir a una proliferación de procesos despenalizadores del mismo. Respecto de la primera cuestión, la realidad se impuso pero respecto de la segunda se optó por incorporar una frase en el texto del Estatuto de Roma que salvaguardara el estado actual de las leyes sobre aborto a nivel nacional.²³ En todo caso, la tipificación del aborto forzado constituye un avance significativo puesto que centra la antijuridicidad del acto en la imposición de un embarazo y a *contrario sensu* prefigura la eventual maternidad como un acto voluntario. En el otro extremo pero dando cuenta de lo mismo se tipificaría la esterilización forzada, delito que le sigue en el Estatuto.

De acuerdo al Estatuto se entiende por embarazo forzado:

Que el autor haya confinado a una o más mujeres que hayan quedado embarazadas por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otra infracción grave del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta las normas de derechos interno relativas al embarazo...²⁴

²³ Artículo 7 2) f) del Estatuto de Roma.

²⁴ Artículo 7 2) f) Estatuto de Roma y 7 1)g)4 del Anexo Elementos de los Crímenes.

Asimismo, y en relación con la esterilización forzada, el Estatuto señala que se requiere como parte de los elementos materiales del tipo:

Que el autor haya privado a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica

Que la conducta no haya tenido justificación en un tratamiento médico o clínico de la víctima o víctimas, o que se haya llevado a cabo con su libre consentimiento...²⁵

En el ámbito de los derechos humanos, la esterilización forzada ha tenido una triste notoriedad. No se requiere de conflictos armados para dar cuenta de que se trata de una práctica extendida en sociedades de alta composición indígena, como es el caso del Perú en el caso de *María Mamerita Mestanza* llevado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Otros crímenes de violencia sexual de gravedad comparable

El Estatuto de Roma, al igual que muchas legislaciones penales, incluyó esta figura residual en el ámbito de los delitos sexuales. Es decir, aquella conducta de naturaleza sexual que no califica en una de las conductas tipificadas y que sea de una gravedad comparable a éstas, puede ser considerada bajo este tipo. De allí que el Estatuto se refiera a otras formas de violencia sexual como:

Que el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas u otra persona o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento.

Que esa conducta haya tenido una gravedad comparable a la de los demás crímenes del artículo 7 1)g) del Estatuto...²⁶

Situaciones bajo conocimiento de la Corte y la violencia sexual

Uno de los aspectos claves en torno al Estatuto de Roma es la aplicación que de éste harán las diferentes instancias, en particular la Corte Penal Internacional, la Secretaría de la Corte y la Fiscalía. Los avances normativos no siempre tienen

²⁵ Artículo 7 1) g) 5 Anexo Elementos de los Crímenes.

²⁶ Artículo 7 1) h) Anexo Elementos de los Crímenes.

su correlato en la práctica por lo que evaluar la pertinencia de las actuaciones judiciales en la persecución penal de los crímenes que tienen como base el género, es una muestra de los obstáculos y potencialidades a los que se enfrentan las mujeres en su acceso a la justicia.

Son cuatro las situaciones que en 2009 se encontraban en tramitación en la Corte Penal Internacional: Uganda, República Democrática del Congo, República de África Central y Darfur, Sudán. A excepción de esta última situación –derivada por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas a la Corte Penal–, todas las situaciones han contado con el acuerdo de los gobiernos para que la Fiscalía inicie sus investigaciones.

En todos los casos y a pesar del estado incipiente de los casos se evidencia presencia de violencia sexual, aunque no siempre ha sido fácil que ésta sea considerada dentro de los cargos que el fiscal presenta a la Corte.

República Democrática del Congo

En concreto y después de varios traspiés procedimentales, el caso *Lubanga*²⁷ se inició ante la Corte el 26 de enero de 2009. El fiscal Moreno Ocampo en la audiencia preliminar presentó cargos contra Thomas Lubanga, presidente de la Unión Patriótica Congoleña por crímenes de guerra, en particular por el reclutamiento de menores de 15 años. No consideró en dicha audiencia el reclutamiento de niñas, las que por el hecho de ser tal se vieron sometidas a formas de violencia sexual que hacían parte del “entrenamiento” que se les daba. Tampoco consideró en esa fase del proceso la violencia sexual cometida por los menores varones contra mujeres, como parte del entrenamiento que debían cumplir. A partir del *Amicus Curiae* presentado a la Cámara de Asuntos Preliminares por parte del Enviado Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre Niñez y Conflicto Armado, la oficina del fiscal debió modificar su presentación fijando cargos por el reclutamiento de 93 menores de 15 años, incluidas niñas, e hizo referencia a la violencia sexual de que son objeto éstas, así como de los abusos que deben cometer los menores como parte del proceso de reclutamiento. Sin embargo, la violencia sexual no está considerada en los cargos que se hacen a Lubanga.

Un segundo caso que surge a partir de la situación en República Democrática del Congo se vincula con los cargos presentados y confirmados por la Cámara de Asuntos Preliminares contra G. Katanga y M. Ngudjolo.²⁸ Se trata del primer caso en el que se confirmaron cargos por crímenes de violencia sexual como crímenes

²⁷ *Fiscalía v. Thomas Lubanga Dylo*, ICC-01/04-01/06. Disponible en <www.icc.cpi.int>.

²⁸ *Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07. Disponible en <www.icc.cpi.int>.

de guerra y de lesa humanidad. En efecto, entre agosto de 2002 y mayo de 2003 y bajo la comandancia de Katanga y Ngudjolo se llevaron a cabo sendos ataques en el pueblo de Bogoro y en la región de Ituri y que incluyeron los crímenes de guerra y lesa humanidad de esclavitud sexual y violación.

Sudán

El 4 de marzo de 2009, la Cámara de Asuntos Preliminares emitió una orden de arresto contra el presidente de Sudán, Omar Hassan Ahmad Al'Bashir. De acuerdo con ésta, existían motivos fundados para creer que Al'Bashir habría cometido cinco cargos por crímenes de lesa humanidad y dos por crímenes de guerra.

De acuerdo con el fiscal, tras los cargos de crímenes de guerra hay miles de ataques a poblados y villas en la región de Darfur –habitada por los grupos étnicos Fur, Masalit y Zaghawa– entre 2003 y 2008. La Cámara de Asuntos Preliminares aceptó la pretensión del fiscal de que estos actos se habrían cometido en el contexto de un conflicto armado no de índole internacional y señaló que estos ataques habían sido un componente clave en la campaña contra-insurgente del gobierno sudanés, cometido por las Fuerzas Armadas de Sudán, por las milicias Janjaweed, la policía, el Servicio de Seguridad e Inteligencia Nacional y la Comisión de Ayuda Humanitaria.

Respecto de los crímenes de lesa humanidad, la Cámara asumió que se trataba de ataques sistemáticos y generalizados, que habrían afectado a cientos de miles de personas y que se habrían cometido en vastas extensiones del territorio correspondiente a Darfur, manteniéndose una pauta de conducta a lo largo de cinco años. Además, la Cámara estableció que civiles pertenecientes a los grupos Fur, Masalit y Zaghawa fueron asesinados y que en algunos casos se trataría de exterminio por el número de muertos. Los traslados forzosos por parte del gobierno sudanes, la práctica de tortura después de las hostilidades y la violencia sexual ligada a la pertenencia de estos grupos fueron también reafirmados por la Cámara de acuerdo con lo expuesto por la Fiscalía.

República de África Central

La primera audiencia ante la Cámara de Asuntos Preliminares por el caso contra Jean-Pierre Bemba Gombo, presidente y comandante en jefe del Movimiento de Liberación del Congo, se llevó a cabo entre el 12 y el 15 de enero de 2009.²⁹ Antes de emitir la confirmación de los cargos que la Fiscalía imputó a Bemba, la Cámara solicitó al fiscal su modificación, en particular en relación con la responsabilidad pe-

²⁹ *Fiscalía v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. ICC-01/05-01/08. <www.icc-cpi.int>.

nal que se le imputaba. Considerando que la Fiscalía imputaba cargos de participación en los actos como responsable individual, la Cámara le solicitó considerar la responsabilidad de Bemba en términos de mando militar u otros superiores. El 30 de marzo de 2009, el fiscal enmendó su presentación que incluía esta última solicitada por la Cámara. El 15 de junio de 2009, finalmente, la Cámara de Asuntos Preliminares confirmó la responsabilidad de mando en la comisión de crímenes de guerra y de lesa humanidad. Entre ellos se acusa a Bemba de la comisión de actos de violación como crimen de lesa humanidad. Sin embargo, la Cámara declina en este mismo caso confirmar otros cargos de violencia sexual, en particular el crimen de lesa humanidad y de guerra de violación como tortura, y la violación en tanto crimen de guerra de abusos a la dignidad personal. La fundamentación de esta resolución se vincula con la modalidad de acumulación de cargos asumida por la Cámara y por la deficiencia del fiscal en presentar evidencia que permitiera sostener la petición.

Uganda

El caso se inicia con la emisión de una orden de arresto en 2005 contra Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen, todos ellos miembros del Lord's Resistance Army. En octubre de 2008, la Cámara inició procedimientos en relación con la admisibilidad del caso considerando que el contexto de creación del Acuerdo de Justicia y Reconciliación podía dar lugar a procesos nacionales que no requeriría, por tanto, de ser conocido por la Corte Penal Internacional. Este acuerdo era el fruto de acuerdos de paz entre las fracciones beligerantes. El 10 de marzo de 2009, la Sala de Asuntos Preliminares II emitió la resolución de admisibilidad del caso, que de acuerdo con la resolución de admisibilidad, no hace incompatibles los esfuerzos que se realicen desde la Corte Penal Internacional más aún considerando la ambigüedad de los términos del acuerdo sobre justicia y reconciliación.³⁰ En este caso también se encuentran presentes crímenes de violencia sexual como crímenes de lesa humanidad y de guerra.

Participación y protección de víctimas y testigos, normas de procedimiento y prueba

En general, el derecho penal suele enmarcarse en la relación de persecución y sanción del acusado. Las normas del debido proceso que cautelan que no se co-

³⁰ *Fiscalía v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo y Dominic Ongwen*. ICC-02/04-01/05. Disponible en <www.icc-cpi.int/menus/icc/situationsandcases>.

metan abusos por parte del poder del Estado constituyen una de las bases del derecho penal moderno y, por cierto, un pilar de los derechos humanos. La preocupación por el necesario respeto de las garantías penales, en muchos casos ha invisibilizado la necesidad de que las víctimas participen de un proceso cuyos hechos procesables las afectan. Desde esta perspectiva, el involucramiento de las víctimas en el proceso penal contribuye a su reparación. Sin duda, la participación de las víctimas debe incorporar elementos de protección, en particular cuando se trata de víctimas de violencia sexual o en aquellos casos en que el género sea un factor relevante en la comisión o perpetración de los hechos.

El Estatuto de Roma considera explícitamente este principio que equilibra los derechos del acusado con los de las víctimas. En su artículo 64 2), a propósito de las funciones y atribuciones de la Sala de Primera Instancia señala que: "...velará porque el juicio sea justo y expedito y se sustancie con pleno respeto de los derechos del acusado y teniendo debidamente en cuenta la protección de las víctimas y de los testigos..."

Asimismo, en el artículo 68 1), referido a la protección de víctimas y testigos, se reafirma este principio al señalar que:

La Corte adoptará las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de víctimas y testigos. Con este fin, la Corte tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos la edad, el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, y la salud, así como la índole del crimen, en particular cuando éste entrañe violencia sexual o por razones de género o violencia contra niños...

En términos de prueba, el Estatuto innova respecto de la aplicación de normas procedimentales penales en los ámbitos nacionales. En efecto, la experiencia de tratamiento de la violencia en el sistema penal y su relativo fracaso en evitar la victimización y en brindar protección a las mujeres se tradujo en que por una parte no se requiriera la corroboración del testimonio para demostrar crímenes de violencia sexual,³¹ no se infiriera el consentimiento de la víctima por el silencio o de la falta de resistencia de la víctima;³² que no se infiriera la credibilidad, honorabilidad o la disponibilidad sexual de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo.³³

³¹ Regla 63 del Anexo Reglas de Procedimiento y Prueba.

³² Regla 70 del Anexo de Reglas de Procedimiento y Prueba.

³³ *Ibid.*, en No. 27 y Regla 71.

Junto con estas normas, el Estatuto considera un conjunto de reglas que reafirman el tratamiento y protección de las víctimas de acuerdo con su especificidad, evitando la universalización y con ello la invisibilización de algunas. Estas reglas incluyen procedimientos a puerta cerrada para considerar la pertinencia o admisibilidad de las pruebas;³⁴ adopción de medidas especiales por parte de la Sala para facilitar el testimonio de víctimas de violencia sexual;³⁵ la posibilidad de grabar el testimonio para reducir el trauma en víctimas de violencia sexual.³⁶

3. Acceso de las mujeres a la estructura de la Corte Penal Internacional e incorporación de experticia de género en el personal

La arquitectura judicial a que dio paso el Estatuto, no sólo busca la incorporación y protección de los derechos de las mujeres, sino que su participación y la transversalización de capacidades en torno al enfoque y experticia de género en todas sus instancias.

Acceso de las mujeres a los diferentes espacios de la Corte Penal Internacional

La justificación jurídica para la incorporación de las mujeres a los espacios nacionales e internacionales de poder y prestigio se encuentra en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra las Mujeres. En sus artículos 7o. y 8o. se reconoce tanto al derecho a participar en el ámbito nacional como en el internacional. El Estado se encuentra ante la obligación de implementar a nivel nacional este derecho para lo cual la Convención le reconoce la posibilidad de implementar medidas especiales de carácter temporal con el objeto de que se aceleren *de facto* los procesos hacia una inclusión igualitaria.³⁷

El Comité de la CEDAW, constatando las deficiencias de los Estados Partes en esta materia y en virtud de sus facultades interpretativas elaboró además una Recomendación General referida a la participación de las mujeres,³⁸ en la que señala las razones por las que generalmente no alcanzan cargos de alto nivel; establece

³⁴ Regla 72 del Anexo Reglas de Procedimiento y Prueba.

³⁵ Regla 88 –1 del Anexo de Reglas de Procedimiento y Prueba.

³⁶ Regla 112 –4 *Op. cit.*, No. 26.

³⁷ Artículo 3 de la CEDAW.

³⁸ Recomendación General No. 23 de 1997.

la obligación para los Estados de fijar medidas temporales para incentivar la participación y el acceso de las mujeres a los cargos de mayor relevancia y prestigio, y la necesidad de incorporar además una perspectiva de género en los distintos ámbitos de análisis de la vida nacional e internacional con el fin de lograr el equilibrio entre hombres y mujeres en cargos públicos.

En particular, el párrafo 30 de la Recomendación del Comité de la CEDAW señala que:

...El examen de los informes de los Estados Partes pone de manifiesto que la mujer está excluida del desempeño de altos cargos en el gobierno, la administración pública, la judicatura y los sistemas judiciales. Pocas veces se nombra a mujeres para desempeñar estos cargos superiores o de influencia y, en tanto que su número tal vez aumente en algunos países a nivel inferior y en cargos que suelen guardar relación con el hogar y la familia, constituyen una reducida minoría en los cargos que entrañan la adopción de decisiones relacionadas con la política o el desarrollo económicos, los asuntos políticos, la defensa, las misiones de mantenimiento de la paz, la solución de conflictos y la interpretación y determinación de normas constitucionales.

Por su parte, instrumentos internacionales de carácter general también reconocen este derecho.³⁹ En un ejercicio de sus atribuciones interpretativas, el Comité de Derechos Humanos –órgano supervisor del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos– elaboró una Observación General (la número 28) que requiere a los Estados Partes adopten medidas eficaces y positivas incluidas las medidas de discriminación inversa, y la obligación de presentar estadísticas que den cuenta de la situación de las mujeres en los poderes legislativos, judicial y de la administración pública.

En la región y a propósito de estas normas de derechos humanos y del impacto que tuvo la Plataforma de Acción de Beijing, se implementaron durante la década del noventa diversas acciones afirmativas para avanzar en este objetivo. Sin embargo, se centraron mucho más en los poderes legislativos y locales que en los sistemas de administración de justicia o en el poder ejecutivo.

El avance en materia de reconocimiento del derecho de las mujeres a participar de los espacios de poder y prestigio nacionales e internacionales, ha impactado crecientemente la estructura de los organismos internacionales de protección y promoción de los derechos humanos así como los órganos de Justicia Internacional, precipitando la creación de unidades, departamentos y comités destinados a

³⁹ Artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

ocuparse de forma especializada de los problemas que aquejan a las mujeres y sus derechos.

Aún así, los últimos balances han demostrado que la posición de las mujeres en el interior de las estructuras de los diversos organismos de las Naciones Unidas continúa reproduciendo la segregación espacial y de roles que afecta a las mujeres, en muchos casos dificultando la incorporación de éstas en los ámbitos que no son específicamente de o para mujeres. Esta constatación llevó a que la Secretaría General de Naciones Unidas adoptara un Plan Estratégico a evaluarse en el 2000 destinado a mejorar la situación de las mujeres en dicha estructura, siendo su objetivo principal el logro de la paridad de género en la distribución y asignación de los cargos en dicha Secretaría.⁴⁰ Se enfatizó, además, la necesidad de incrementar la representación de las mujeres en los puestos de categoría superior y de elaboración de políticas.⁴¹

El balance del año 2000 constató, sin embargo, que los avances en la situación de las mujeres en el interior de los organismos de las Naciones Unidas eran muy lentos, y que al año 2000 se estaba aún muy lejos de la meta inicial. En efecto, según los datos proporcionados por el informe de seguimiento de la Comisión de la Condición Social y Jurídica de la Mujer,⁴² sólo 36.1% de los funcionarios de la Secretaría General de Naciones Unidas eran mujeres. A fines de 1999 sólo 38.6% de los nombramientos sujetos a distribución geográfica eran ocupados por mujeres, lo cual significó apenas un aumento de un punto porcentual respecto de 1998 (37.7%). De todas maneras y a pesar de no haberse logrado la meta, el informe releva la importancia de la adopción de medidas y políticas, como el Plan Estratégico que en la práctica significó un incremento de mujeres en cargos de decisión y de elaboración de políticas de 15.1% en 1994 a 29.7% en el 2000.

En los órganos de supervisión de tratados generales en materia de derechos humanos, las mujeres han ido ganando presencia. Por nombrar algunos casos, el Comité de Derechos Humanos está compuesto por un total de 18 personas de las cuales sólo 5 son mujeres.⁴³ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que supervisa la aplicación del Pacto internacional del mismo nombre compuesto a su vez por el mismo número de miembros cuenta con 4 mujeres en su composición. La situación del Comité contra la Tortura ha mejorado en los últimos años dado que de un total de 10 miembros, a octubre del 2008, 4 eran mujeres. El caso del Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial,

⁴⁰ A/49/587.

⁴¹ Especialmente la categoría D-1, que son puestos sujetos a distribución geográfica y para los que se necesitan competencias lingüísticas y calificaciones especiales.

⁴² ECOSOC, enero 2000. E/CN.6/2000/1.

⁴³ Última actualización en octubre 2008. Desactualizado.

en cambio, acusa una subrepresentación de mujeres llegando éstas sólo al 0.5% de su composición total.

De acuerdo con un estudio realizado en 2001 (Linehan, 2001),⁴⁴ en las entidades destinadas a administrar justicia –tales como las Cortes o Tribunales permanentes o especiales creados para juzgar y resolver los conflictos relativos al derecho internacional, los derechos humanos y el derecho humanitario–, las mujeres estaban ausentes o bien escasamente representadas.⁴⁵ De los 173 cargos examinados, sólo 26 eran ocupados por mujeres, siendo las Cortes europeas las más abiertas a incorporar mujeres entre sus miembros, aunque de todas maneras en números muy por debajo a los hombres.⁴⁶

La Corte Internacional de Justicia, integrada por 15 magistrados, sólo cuenta con una mujer en su composición. Los Tribunales Penales Internacionales *ad-hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda, contribuyeron a la incorporación de mujeres, aunque éstas aparecen en mayor número entre los jueces *ad litem* que en los permanentes:⁴⁷ en el caso del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, de un total de 22 hombres, 8 son mujeres.⁴⁸ En relación con la composición del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, se mantiene la tendencia, de un total de 25 integrantes, sólo 7 son mujeres.

A pesar de este panorama desigual en materia de acceso a espacios de poder y prestigio internacional, se ha ido asentando cada vez más la idea de generar mecanismos y criterios que promuevan la inclusión de mujeres en las diferentes instancias, en particular en los espacios jurisdiccionales de carácter internacional.

Si bien los antecedentes jurídicos avalaban la inclusión de mujeres en los espacios de poder de la Corte Penal Internacional, lo cierto es que hasta la adopción del Estatuto de Roma ningún tribunal internacional contenía dentro de sus normas y reglamentos alguna medida que garantizara la inclusión de mujeres en dichos espacios.

El Estatuto de Roma establece en su artículo 36 los criterios que deben reunir los magistrados para ser candidatos a la Corte Penal Internacional. El requisito

⁴⁴ Linehan, 2001.

⁴⁵ Se examinaron 12 tribunales o cortes internacionales: Tribunal de Justicia Internacional, Tribunal Internacional para el Derecho del Mar, Organización del Comercio Mundial, Centro Internacional para la Resolución de los Conflictos de la Inversión, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos, Corte Africana de Derechos Humanos, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Corte Penal Internacional y el Panel de Inspección del Banco Mundial.

⁴⁶ El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tiene 2 jueces mujeres y 1 abogado general mujer. La Corte de Primera Instancia tiene 2 mujeres entre sus 15 miembros. La Corte Europea de Derechos Humanos tiene 10 jueces mujeres de 41 miembros.

⁴⁷ Una juez mujer en el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia; y tres jueces mujeres en el Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

⁴⁸ Última verificación diciembre de 2008.

más importante es contar con una reconocida competencia en derecho y procedimientos penales, con experiencia en causas penales en calidad de magistrado, fiscal, abogado u otra función, o con una reconocida competencia en materias pertinentes de derecho internacional, tales como el derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos. Del mismo modo, es requisito contar con gran experiencia en funciones jurídicas profesionales.⁴⁹ Adicionalmente, se incluyeron otra serie de criterios complementarios:

... Al seleccionar a los magistrados los Estados Partes tendrán en cuenta la necesidad de que en la composición de la Corte haya:

- i) Representación de los principales sistemas jurídicos del mundo.
- ii) Distribución geográfica equitativa.
- iii) Representación equilibrada de hombres y mujeres en la Corte.⁵⁰

Varios factores incidieron en la adopción de esta norma. En primer lugar, que existía una deuda con las organizaciones de mujeres que habían aportado de manera sustantiva a la elaboración del Estatuto de Roma mediante propuestas en el ámbito de la violencia sexual, de medidas especiales para las víctimas de dicha violencia en materia de procedimiento penal, y en materia de reparación. En segundo lugar, se encontraba presente en la retina de los representantes de los Estados, la experiencia de los Tribunales *ad-hoc*, en los que las mujeres habían marcado una diferencia en relación al juzgamiento de la violencia sexual constitutiva de crímenes de guerra y de crímenes de lesa humanidad, incluso constitutivos de genocidio. Tercero, dentro de Naciones Unidas existía una coyuntura favorable en la medida que el Plan Estratégico propuesto e implementado por el Secretario General de Naciones Unidas estaba aún en marcha y con magros resultados lo que obligaba a pensar en medidas específicas que aseguraran la inclusión de mujeres. Por último, habían varias mujeres representantes de Estados que habían sido claves en el proceso de negociaciones y que tenían una mayor garantía de salir elegidas por el papel que habían cumplido y por ser conocidas entre los Estados Partes.

El mismo principio, es decir, el de representación equilibrada de hombres y mujeres se aplica a la selección de personal en la Oficina del Fiscal y en la Secretaría de la Corte.⁵¹

A seis años de la entrada en vigencia del Estatuto de Roma, se constatan importantes avances en particular en la composición de las Salas Preliminares, de Primera Instancia y de Apelación de la Corte Penal Internacional. En efecto, al

⁴⁹ Artículo 36 3) b) del Estatuto de Roma.

⁵⁰ Artículo 36 8) a) del Estatuto de Roma.

⁵¹ Artículo 44 2) del Estatuto de Roma.

2008, 59% de los magistrados eran hombres mientras que 41% (es decir, 7) eran mujeres.⁵² En relación con los cargos que ocupan las mujeres, 33% solamente integra la Presidencia de la Corte mientras que 67% del personal son varones. Se trata de brechas que se han ido reduciendo con el tiempo: la brecha entre hombres y mujeres en la composición total de profesionales de la Corte era del 10% en 2007 y se redujo a 4% en 2008.

Considerando que en la práctica electoral para lograr los cargos de magistrados era donde se dificultaría alcanzar todos los requisitos establecidos, entre ellos el de representación equilibrada entre hombres y mujeres, se fijó en primer lugar un cupo por zona geográfica –3 en el caso de América Latina– y un cupo mínimo por sexo –6 mujeres. La forma de operativizar estos cupos es por medio de votaciones sucesivas. Es decir, en la medida que se van cumpliendo los criterios se van extrayendo los jueces elegidos del número de jueces requeridos. Si después de 4 votaciones no se alcanzan los criterios, los requisitos mínimos de cupo geográfico y por sexo quedan anulados.

En la Oficina de la Fiscalía, las cifras dan cuenta de un relativo equilibrio entre hombres y mujeres que ha ido produciéndose en el tiempo. Es así como 58% del personal es hombre y 42% de los cargos lo ocupan mujeres en el 2008. Algo similar ocurre con la Secretaría de la Corte cuyo personal está compuesto por 52% de mujeres y 48% de hombres. Sin embargo, si se analizan los más altos cargos dentro de estas dos instancias, la situación se desequilibra. En la Oficina del Fiscal, 33% de los puestos de Jefatura de División lo ocupan hombres, mientras que en los cargos de Jefatura de Sección 79% son hombres. En 2007 los cargos de Jefatura de Sección estaban 100% en manos de varones. En la Secretaría de la Corte, la totalidad de las Jefaturas de División están ocupadas por varones y en las Jefaturas de Sección 53% también lo es.⁵³

Experticia de género y violencia sexual en las instancias de la Corte Penal Internacional

En relación con la experticia de género y de violencia sexual, el criterio de representación no tiene lugar aunque en la práctica son en general las mujeres profesionales quienes cuentan con esta mayor capacitación. No obstante, se estableció una diferencia que en este caso hace a la eficacia del trabajo en casos que

⁵² Durante la Sexta Sesión de Asamblea de Estados Partes, el 2007, se llevó a cabo la segunda elección de jueces, esta vez con el objeto de llenar tres puestos vacantes. De las 8 mujeres que inicialmente conformaron el cuerpo de magistrados quedaron 7.

⁵³ Para más información consultar *Report Card 2008* en <www.iccwomennow.org>.

requieren de un enfoque específico. Así, el Estatuto de Roma obliga a las diferentes instancias de la Corte Penal Internacional a considerar este requisito para la contratación de personal.

En relación con la Fiscalía el Estatuto señala que: "...El fiscal nombrará asesores jurídicos especialistas en determinados temas como por ejemplo, violencia sexual, violencia por razones de género y violencia contra los niños..."⁵⁴

Por otra parte y en relación con la Secretaría, el artículo 43 6) del Estatuto de Roma establece que: "... El Secretario establecerá una Dependencia de Víctimas y Testigos dentro de la Secretaría [...] La Dependencia contará con personal especializado para atender a las víctimas de traumas, incluidos los relacionados con delitos de violencia sexual..."

Hasta octubre de 2008 no había sido contratado personal en el que este requisito fuera el principal, con lo que se evidencia una carencia grave si se considera que al menos en los 4 casos bajo competencia de la Corte, la violencia sexual ha sido parte de los crímenes de lesa humanidad o de guerra cometidos.

La lista que debe conformarse para registrar a los abogados que pueden asesorar legalmente en los casos también cuenta con una norma reglamentaria que obliga a los órganos supervisores a incluir experticias que den cuenta de los diferentes intereses de las víctimas.⁵⁵

4. A modo de conclusión

La Corte Penal Internacional es la concreción de los anhelos de justicia por tanta barbarie que desde la Segunda Guerra Mundial en adelante han aislado los distintos rincones del planeta. En todos los conflictos armados que desde entonces se han presenciado, sean o no de carácter internacional, así como en regímenes autoritarios, el papel que las mujeres han jugado ha sido fundamentalmente el de víctimas de las hostilidades o de los ataques a la población. Esta situación empieza a ser reconocida por la comunidad internacional y también en los ámbitos domésticos o nacionales.

La Corte Penal Internacional ha jugado un papel central en ello en dos sentidos. El primero se vincula con las normas que permiten criminalizar y procesar la violencia sexual y otros crímenes con base en el género. El segundo, a partir de una incipiente práctica que da cuenta de la aplicación de las normas para perseguir penalmente a quienes cometen dichos crímenes.

⁵⁴ Artículo 42 9) del Estatuto de Roma.

⁵⁵ Regla No. 90 4) del Anexo de Procedimiento y Prueba.

La Corte Penal es un poderoso incentivo para la reforma de las leyes penales en los ámbitos domésticos, puesto que establece estándares, por lo general más altos que los contenidos en los Códigos Penales o de Justicia Militar de nuestros países. Asimismo, la especificidad del tratamiento de la violencia sexual en las normas de procedimiento y prueba y la protección que se brinda a las víctimas de este tipo de violencia rompen con una lógica de centralidad en el acusado que en muchos casos había dejado a la víctima de lado.

Por otro lado, el que al menos en dos casos bajo el análisis de la Corte Penal Internacional durante 2009, los hechos constitutivos de violencia sexual hagan parte de los cargos confirmados por el tribunal, acorta la brecha entre la existencia de legislaciones que sancionan la violencia contra las mujeres y los altos rangos de impunidad que la rodean, al menos en los ámbitos nacionales.

Esta normativa, sin embargo, probablemente no habría sido tan eficaz en la práctica si no fuera acompañada de un esfuerzo real por la incorporación de mujeres a todos los espacios de relevancia en la administración de justicia de la Corte. En efecto, más allá del derecho a participar en cargos públicos se puede señalar que la presencia de mujeres ha contribuido antes y ahora a visibilizar, procesar y sancionar los crímenes que frecuentemente se cometen contra ellas, en particular los que se vinculan con la violencia sexual.

La presencia de organizaciones de mujeres en todo el proceso de negociaciones del Estatuto de Roma, y luego en lo que ha sido el proceso de instalación y funcionamiento, así como en los procesos judiciales que se están llevando a cabo, ha sido fundamental para el escrutinio de los actos judiciales y administrativos de la Corte. Es sobre todo esta presencia, desde la experticia y la propuesta, desde la vigilancia y la denuncia la que ha aumentado las posibilidades concretas de la Corte Penal Internacional de satisfacer la demanda de acceso a la justicia de las mujeres víctimas de los crímenes más atroces que pueden cometerse contra la mitad de la humanidad. Es a estas organizaciones y al tenaz trabajo que realizan en terreno, a nivel de incidencia en la sede de la Corte, que se debe en gran parte el que esta brecha entre los derechos reconocidos y su práctica haya disminuido.

Aún así, la Corte Penal Internacional enfrenta varios desafíos que apenas empiezan a emerger. El primero de ellos, que por cierto va más allá de los avances en justicia de género y su aplicación, se vincula con el hecho de que las cuatro situaciones sometidas a la jurisdicción de la Corte se encuentren en África. En efecto, la Corte Penal Internacional debe ser capaz de legitimarse internacionalmente en un contexto cruzado por los discursos Norte-Sur y en los que el Sur aparece siempre desprotegido frente a las grandes potencias europeas. No se trata de buscar situaciones *ex profeso* en otras regiones del mundo, sino de tener clara una política criminal que responda, tanto a los requerimientos jurídicos del Estatuto de Roma como a la confianza depositada por los Estados sobre la imparcialidad y autonomía de la Corte Penal.

Un segundo aspecto que aún debe asentarse, pero cuyas primeras aristas pueden evidenciarse en el caso *Lubanga*, es lo que refiere a las víctimas en las situaciones mencionadas. Por una parte, hay problemas en relación a lo que se entien- de por víctimas y por otra en relación a cómo obtener el *status* de tal.

En el caso *Lubanga*, a propósito de un requerimiento que hiciera la Secretaría de la Corte en relación con un conjunto de 200 personas que solicitaban formalmente su participación como víctimas en el caso por haber sufrido daño producto de los actos de la Unión Patriótica Congolese, en particular de manos de los menores reclutados. Los ataques consistieron en pillaje, asesinato y violación sexual entre otros. Se trató, por tanto, de víctimas indirectas en la medida que habían sufrido el daño de manos de otras víctimas en el proceso. La Sala de Primera Instancia dictó una resolución que se acerca al problema en términos negativos, al señalar que las víctimas indirectas están restringidas a aquellas cuyo daño se vincula al daño de los menores afectados y cuando las ofensas fueron cometidas, no para aquellos cuyo daño se vincula a cualquier conducta subsecuente de dichos menores, sea criminal o no. En este sentido, la Sala establece dos categorías de víctimas; aquellas cuyo daño es el resultado de la comisión de un crimen dentro de la jurisdicción de la Corte, y las víctimas indirectas que son las que sufren daño como resultado del daño sufrido por las víctimas directas. Esta resolución dejó a 18 de un total de 19 víctimas que fueron sometidas a revisión por la Sala de la Corte, fuera del caso. Siete correspondían a mujeres y en cinco se mencionaba la violencia sexual. La decisión de la Sala limita las posibilidades de las víctimas que fueron el gran avances del Estatuto desde una perspectiva de su involucramiento en los procesos. Habrá que ver como se asienta en los otros casos situaciones similares.

Respecto de lo que sucede en el terreno con las víctimas, y en particular con las mujeres que en estas situaciones han sido objeto de violencia sexual, es que difícilmente acceden a la Corte Penal para adquirir su *status* de víctima ante la misma. En particular, en la República Democrática del Congo, las organizaciones de mujeres han sido hostilizadas lo que junto con la burocracia de la Corte para postular al *status* de víctima pone en riesgo a las mujeres. Hay aún una gran debilidad de la Corte Penal y en particular de la Fiscalía para brindar protección en el terreno y para evitar que las mujeres se inhiban de declarar producto de la estigmatización de que son objeto cuando lo hacen, o bien de que corran el riesgo de caer en manos de agentes gubernamentales que eventualmente pueden haber estado involucrados en ataques a la población.

Un tercer elemento a considerar se vincula con la inclusión de mujeres en las diferentes instancias de la Corte Penal Internacional. Si bien la situación entre 2007 y 2008 ha mejorado en términos totales, aún es posible ver ámbitos en los que éstas están subrepresentadas. Más aún, se mantiene, aunque en descenso, la tendencia a que los puestos de mayor jerarquía se encuentren en manos de hom-

bres. Así mismo, en relación con la inclusión de personas con experticia en violencia sexual, se requiere de mayor priorización, esto es, que la selección de personal se haga prioritariamente bajo la necesidad de cumplir con este perfil, cuestión que garantizará el trato adecuado de víctimas y testigos en este ámbito.

Por último, durante 2010 se celebró la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma. Se trató de un momento crucial para reafirmar los avances en materia de justicia de género y darles un nuevo impulso. Sería deseable que la Asamblea de Estados Partes hiciera un llamado a los órganos de la Corte para profundizar procesos de transversalización del enfoque de género en la política institucional. En particular, resultan deficientes los mecanismos de control interno en materias relacionadas al acoso sexual y los procesos de formación y capacitación en género y violencia sexual al personal de la Corte.

BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres*. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión en su vigésimo cuarto período ordinario de sesiones el 9 de junio de 1994 en Belém do Pará, Brasil.
- Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión en su Resolución 39/46, del 10 de diciembre de 1984. En vigor desde el 26 de junio de 1987.
- . *Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio*. Adoptada en su Resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948. En vigor desde el 12 de enero de 1951.
- Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas (1998, el 17 de julio). *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Artículos 8; 7.2 c); 7 2)f); 36 3)b); 36 8)a); 44 2); 42 9). Anexo Elementos de los Crímenes, Anexo Reglas de Procedimiento y Prueba.
- Comité de la CEDAW (1997). *Recomendación General 23*.
- (1979, 18 de diciembre) *Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra las Mujeres*. A/RES/34/180, artículo 3.
- Consejo Económico y Social (ECOSOC) (2000, enero) *De la Organización de las Naciones Unidas*. E/CN.6/2000/1.
- (1926, 25 de septiembre). *Convención sobre la Esclavitud*. Firmada en Ginebra. En vigor desde el 9 de marzo de 1927.

- _____ (1956, 30 de abril). *Convención Suplementaria sobre Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud*. Adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios. Resolución 608 (XXI). En vigor desde el 30 de abril de 1957.
- Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer*. A/RES/48/104, 23 de febrero de 1994.
- Fiscal v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui*. ICC-01/04-01/07. Disponible en: <www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc.571273.pdf>.
- Fiscalía vs. Akayesu*. Case No. ICTR-96-4-T, 2 de octubre de 1998. Disponible en: <www.icttr.org>.
- Fiscalía vs. Kunarac et al.* IT-96-23 y 23/1. Disponible en: www.icty.org.
- Fiscalía vs. Thomas Lubanga Dylo*. En Legal Eye, ICC-01/04-01/06. Disponible en: <www.icc-cpi.int/menus/icc/situationsandcases>.
- Fiscalía vs. Jean-Pierre Bemba Gombo*. ICC-01/05-01/08. Disponible en: <www.icc-cpi.int/menus/ICC/situationsandcases>.
- Fiscalía vs. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo y Dominic Ongwen*. ICC-02/04-01/05. Disponible en: <www.icc-cpi.int/menus/ICC/situationsandcases>.
- Informe IV Conferencia Mundial de la Mujer. Beijing. A/CONF. 117/20.
- International Criminal Court. Women's Initiative for Gender Justice. *Gender Report Card 2008*. Disponible en <www.iccwomen.org>.
- Linehan, J. (2001). *Women and Public International Litigation*. Background Paper Prepared or the Project on International Courts and Tribunals.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. En vigor desde el 23 de marzo de 1976, artículo 25.
- Segundo Protocolo Facultativo a los Convenios de Ginebra, artículo 75.
- United Nations Security Council (UNSC). Res. 827 de 25 de mayo de 1993, Res. 955 del 8 de noviembre de 1994 y Res. 1325 de 31 de octubre de 2000.

ACCESO A LA JUSTICIA: LOS RETOS DE UNA DEFENSA PÚBLICA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

María Fernanda López Puleio

1. Los puntos de partida necesarios en la relación defensa pública y mujeres

En los últimos tiempos se han consolidado en muchos países de América Latina diversos modelos de asistencia jurídica gratuita cobijados en diseños institucionales en el marco de la estructura estatal, y que tuvieron un desarrollo sustantivamente mayor al registrado hasta la década del noventa. Estas nuevas estructuras, que suelen responder al principio de autonomía funcional y autarquía financiera, parten de la idea conceptual y normativa de que para efectivizar la debida prestación del servicio de defensa pública por parte de un abogado en el caso que le toca intervenir, es necesario que además existan políticas institucionales específicas de acceso a la justicia, tanto más cuando se trata de sectores especialmente vulnerables.

La defensa pública, en tanto deber de prestación del Estado de proveer asistencia y patrocinio jurídico a quienes necesiten un abogado, se constituye como una garantía orgánica establecida para asegurar, en condiciones de igualdad, la protección del derecho de defensa y el acceso a la justicia. Pero la asignación de un abogado eficiente (preferentemente seleccionado por concurso público según mecanismos de carrera y profesionalización), otorga respuestas a sólo una parte de las problemáticas que guardan relación con el acceso a la justicia y con la necesidad de remoción de obstáculos para el goce de derechos.

Este catálogo de *otras necesidades* suele tener impacto directo en la dificultad para alcanzar soluciones jurídicas o de otro tipo que benefician a la persona de que se trate. Esto, por sí solo, es fundamento bastante para que los servicios que pres-

tan defensa pública no permanezcan ajenos a la realidad o desentendidos de las políticas públicas en ámbitos que interesan al cometido funcional de éstos.

El Estado no sólo debe abstenerse de realizar actos que dificulten u obstruyan el acceso a la justicia o imposibiliten la actuación de sus intervinientes, sino que, desde una dimensión *positiva*, el acceso a la justicia “requiere el establecimiento de un sistema judicial que permita la garantía de derechos y de otras medidas paralelas, como mecanismos y programas para facilitar la asistencia legal gratuita, tanto en causas penales como en el ámbito civil” y esta dimensión “debe analizarse con relación a las condiciones socioeconómicas y otras [...] que tienen gravitación decisiva en el acceso efectivo a la justicia” (Despouy, 2008, párr. 23).¹

De acuerdo con la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), es el propio reconocimiento de condiciones de *desigualdad real* lo que exige la toma de medidas compensatorias para eliminar o mitigar los obstáculos y limitantes para una defensa eficaz de los propios intereses:

Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.²

Lo determinante es que los derechos y garantías reconocidos no queden inculcados ante la imposibilidad real de hacerlos efectivos. Éste es el paso de la igualdad formal a la igualdad real. En consecuencia, el principio de igualdad impone un trato diferenciado para los desiguales, de manera de no incurrir en actos y prácticas desigualitarias.

La Corte IDH, en la misma línea que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sostiene que no toda distinción de trato necesariamente resulta ofensiva para la dig-

¹ Esto ha sido claramente reconocido desde hace tiempo en los ámbitos europeo e interamericano: TEDH, caso *Airey v. Irlanda*, sentencia del 9/10/1979 y Corte IDH, caso *Velázquez Rodríguez*, sentencia del 29/7/1988 y caso *Godínez Cruz*, sentencia del 20/1/1989. Véase, en especial, la OC 11/90 de la Corte IDH, del 10/8, “Excepciones al agotamiento de los recursos internos”, párr. 23, 24 y 26 y su análisis en López Puleio (2007: 537-578).

² Corte IDH, OC 16/99 “Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las garantías del debido proceso legal” del 1/10, párr. 119. Reiterando su concepto en la OC 1803, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, del 17/9, párr. 121: “Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el *principio* de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses...”

nidad humana; la distinción será discriminatoria si carece de justificación objetiva y razonable. Partiendo de los diversos estándares sobre igualdad y no discriminación establecidos por el sistema interamericano de protección de derechos humanos,³ para la observación y análisis de limitantes para el acceso a la justicia –formal y sustancial– de las mujeres, deberán considerarse no sólo el contenido de las previsiones normativas (discriminación directa), sino las prácticas judiciales y de otro orden que afectan a este grupo especialmente vulnerable (discriminación indirecta).

Un precedente sobre aplicación de estándares de discriminación directa a mujeres en el ámbito de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), es el caso *María Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala*, donde se cuestionó la legislación civil de ese país que restringía la capacidad jurídica de la mujer en relación con la administración y representación conyugal. Allí la CIDH señaló:

El hecho de que el Código Civil prive a María Eugenia Morales de Sierra, como mujer casada, de la capacidad legal a la que otros guatemaltecos tienen derecho, hace vulnerables sus derechos a una violación sin recurso [...] dentro del matrimonio, las disposiciones citadas institucionalizan desequilibrios en los derechos y deberes de los cónyuges [...] establece una situación de dependencia *de jure* para la esposa y crea un desequilibrio incorregible...⁴

Hay también normas y aun prácticas de carácter aparentemente neutral que pueden repercutir de manera diversa en las mujeres, como fue analizado por la Corte IDH en el caso *María da Penha v. Brasil*,⁵ en especial por la ineficacia de las instituciones judiciales para prevenir y castigar la violencia contra las mujeres. Del mismo modo, en el caso *Penal Castro Castro v. Perú*,⁶ en relación con el impacto diferencial que ciertas prácticas penitenciarias tienen respecto de las mujeres detenidas. También los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, pronunciados por la CIDH, receptaron el estándar de discriminación de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW).⁷

³ Véase, especialmente, Corte IDH, Opiniones Consultivas OC 4/84, OC 11/90, OC 16/99, OC 17/02 y OC 18/03; Corte IDH, Sentencias en los casos *De la Cruz Flores v. Perú*, del 18/11/2004, *Yatama v. Nicaragua*, del 23/6/2005, *Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*, del 8/9/2005, *López Álvarez v. Honduras*, del 1/2/2006, *Del Penal Miguel Castro Castro v. Perú*, del 25/11/2006, y los Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos No. 57/96, 4/01 y 66/06.

⁴ CIDH, Caso No. 11.625. Informe No. 4/01 del 19/1/2001, párr. 38 y 44.

⁵ CIDH, Caso No. 12.051. Informe No. 54/01 del 16/5/2001.

⁶ Corte IDH, Sentencia de Fondo, reparaciones y costas, del 25/11/2006. Véase, especialmente, Plazas (2009, pp. 127-149).

⁷ CIDH, Res. 1/08 del 13/3.

Tanto en la discriminación directa como en la indirecta, son los propios Estados quienes, incumpliendo las obligaciones a su cargo, dejan sin protección y garantía a los derechos reconocidos en la misma Convención Americana de Derechos Humanos y en otras Convenciones específicas como la Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia en contra de la Mujer (Convención Belém do Pará). Son nuestros mismos Estados los que se obligaron a prevenir y sancionar las violaciones a los derechos humanos y a garantizar el acceso a la justicia de todos quienes deban hacer valer sus derechos; y para ello deben asegurar medidas de protección, garantizando la provisión de un sistema eficaz de defensa pública.

El artículo 9 de la Convención Belém Do Pará exige a los Estados tomar en cuenta factores de vulnerabilidad a la violencia que puede sufrir la mujer por su raza, condición étnica, 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 se encuentra en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.

Lo anterior tendrá absoluta relevancia para el diseño de acciones que favorezcan el acceso a la justicia y enfoquen su interés en relación a los diversos obstáculos que la inhiben o limitan “de forma que sean las instituciones y procedimientos los que se adapten a quienes van dirigidos y no viceversa” (Carmona Tinoco, 2005, p. 43).

En su informe sobre *Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia*,⁸ la CIDH puso especial acento en que la violencia contra las mujeres es una manifestación de la discriminación basada en el género, remarcando la obligación de los Estados de organizar su estructura gubernamental para prevenir, investigar, sancionar y reparar actos de violencia contra las mujeres y la discriminación; y que deben proveerse recursos judiciales efectivos para ellas, implementando acciones para erradicar la discriminación y los patrones estereotipados de comportamiento, promotores de tratos inequitativos a nivel social, lo que ha derivado en un acceso desigual a los derechos y a los beneficios derivados de los avances políticos, civiles y sociales.⁹

Claramente, los colectivos de mujeres pobres, privadas de libertad, no nacionales, víctimas de violencia, indígenas, niñas, refugiadas o desplazadas,¹⁰ no suelen

⁸ CIDH, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20/1/2007.

⁹ Véase Dulitzky (2007, pp. 26-27).

¹⁰ Según un comunicado de ACNUR de enero de 2010, 80% de los refugiados y desplazados en el mundo son mujeres.

ver canalizadas sus necesidades de asistencia jurídica y acceso a la justicia por medio de abogados de paga, lo que constituye uno de los grandes retos de la defensa pública.

El camino de superación de viejos esquemas de gestión funcional de los servicios de defensa pública Latinoamericana fue de la mano de las reformas procesales penales encaradas en la región en los últimos 15 años. Estas reformas, de tinte eminentemente acusatorio, exigían una potenciación de la actuación de las partes.¹¹ De igual manera, las nuevas concepciones estructurales y organizativas de las defensorías públicas fueron tributo del influjo fundamental del derecho internacional de derechos humanos. En el ámbito interamericano en particular, la asunción por parte de nuestras renovadas democracias de un engranaje supranacional de protección de las personas exigió no sólo compromisos normativos para la aplicación de tratados y convenciones en el ámbito interno, sino la consagración de medidas y acciones concretas para la efectivización de sus postulados, a riesgo de incurrir en responsabilidad internacional.

Con matices, estos hechos tuvieron también impacto en las restantes instituciones ligadas a la administración de justicia, donde comenzó a visualizarse fuertemente una novedosa institucionalidad para la defensa y protección de los sectores más vulnerables, que en algunos casos gozan de mayor prestigio que las que reúnen a jueces y fiscales. No hay que olvidar que en muchos lugares, la mezcla de los vetustos modelos de auxiliatoria de pobreza, con defensores “de oficio” que actuaban a desgano, sin compromiso, mal retribuidos y abandonados a su suerte (que es la mala suerte de sus asistidos) –y antes como “auxiliares de la justicia” que como asistentes íntegros de los derechos de sus defendidos– significó instaurar por primera vez estructuras en el ámbito del Estado para organizar, sistematizar y proveer asistencia y patrocinio jurídico gratuito, pero además, para atender las necesidades de quienes debían representar.

La reciente consagración de las *100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*, incluso por el procedimiento seguido para su sanción,¹² constituye un avance para una concepción integral de

¹¹ Esta particular relación fue explicitada en mi reciente trabajo *Acceso a la Justicia Penal y Defensa Pública: modelos para armar* (en prensa). Ese impulso significó un nuevo diseño e implementación, a partir de leyes orgánicas, de modelos de defensa pública para responder al modelo adversarial, y, fundamentalmente, para otorgar cobertura a las necesidades concretas de los actuales y futuros defendidos. Hasta ese entonces, en muchos países del continente, no existían “sistemas” de asistencia jurídica letrada.

¹² Las Reglas fueron aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Brasilia los días 4 a 6 de marzo de 2008, y en su redacción participaron otras instituciones ligadas a la justicia, como la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP), la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (ALAMP), la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO) y la Unión Iberoamericana de Colegios de Abogados (UIBA).

las problemáticas que rodean al acceso a la justicia, puesto que establecen acciones específicas para fomentar su aplicación y denotan el compromiso que debe imponer la asunción de una función ligada a la administración de justicia. Así puede leerse en su Exposición de Motivos:

Las presentes Reglas no se limitan a establecer unas bases de reflexión sobre los problemas del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad [...] No solamente se refieren a la promoción de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de estas personas, sino también al trabajo cotidiano de todos los servidores y operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una y otra forma en su funcionamiento.

El capítulo I, sección 2a. de las Reglas define cuáles son sus beneficiarios, con particular interés por la situación de las mujeres:

Se impulsarán las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso a la justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, logrando la igualdad efectiva de condiciones. Se prestará una especial atención en los supuestos de violencia contra la mujer, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna.

Las mujeres enfrentan desigualdades extremas ante la justicia, sobre todo cuando su vulnerabilidad se ve acrecentada por la pertenencia a más de un colectivo discriminado. Ellas se van incorporando progresivamente al grupo de mujeres que constituyen una población habitual de las defensorías públicas. Estas mujeres necesitan no sólo ser asistidas y representadas por defensores públicos, sino protegidas y cobijadas por las instituciones que los asignan y controlan, conforme políticas específicas que atengan a la perspectiva de género y a la constante búsqueda de igualdad en el goce de derechos.

2. La relevancia de considerar la perspectiva de género en la gestión de la defensa pública: ámbitos involucrados

Una cuestión inicial, que tendrá impacto directo en el modo y alcance de gestión concreta de las defensorías públicas, es la definición de cuáles son sus ámbitos de actuación funcional (competencia para casos penales o competencia múltiple, posibilidad de representación de víctimas y querellantes, entre otros), y cuál el tipo de organización que las engloba y organiza (instituciones en la estructura es-

tatal –con autonomía funcional o sin ella–, o asociaciones profesionales u organismos no gubernamentales).

La situación reseñada de puesta en marcha o reestructuración de muchas organizaciones de defensa pública de Latinoamérica en el marco de la instauración de nuevos esquemas de justicia penal, y la necesidad de asegurar la defensa de aquellos que no tenían quién los defendiera, de acuerdo a los resguardos señalados por normas supranacionales (CADH, artículo 8.2, incisos d y e), significó una evidente atención –legislativa y fáctica– hacia la impostergable necesidad de otorgar cobertura *real* de asistencia legal a imputados y condenados (que por ser *pobres* –como la inmensa mayoría de la población sujeta al poder pena– veían imposibilitado el acceso a un abogado, privado o público).

Hasta ese entonces, en algunos países del Continente, no sólo no existían estructuras más o menos organizadas para la asistencia jurídica letrada, ni procedimientos aceitados de patrocinio jurídico gratuito –sólo destartalados mecanismos de práctica universitaria y bufetes populares–, sino ni siquiera asistencia “letrada”.¹³

Respecto a las garantías constitucionales del proceso penal,

es sobre el terreno de la defensa que se mide, más que sobre cualquier otro, la desigualdad de los ciudadanos frente a la ley penal. Que es la desigualdad más odiosa: porque se agrega a las desigualdades económicas y materiales; porque es un multiplicador de las connotaciones de clase de la justicia penal [...] y porque, finalmente, se traduce en una desigualdad respecto a las libertades fundamentales, y por ello, en una discriminación y en un menoscabo de la dignidad del ciudadano (Ferrajoli, 2008).

Comienza a verificarse entonces, una prevaleciente necesidad de establecimiento de estructuras organizadas sobre la base de una institucionalización estatal, con autonomía funcional y autarquía financiera, asegurando el compromiso de los Estados Parte de garantizar el acceso a al justicia y el derecho de defensa en condiciones de igualdad. Así, comienza un proceso de sanción o modificación de leyes orgánicas específicas, e incluso, de consagración y reconocimiento constitucional.

Superada en gran medida la etapa de las discusiones bizantinas en Latinoamérica, ligadas al diseño de prestación de servicios de defensa pública en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos, es decir, al cómo de la prestación (o con defensores oficiales –funcionarios o magistrados– o con defensores privados; con defensa única o con defensa mixta –que no es lo mismo que “privatizada–), hoy, nuestros modelos de defensa pública permiten cierta flexibilidad en la

¹³ Proceso que se vivió en gran parte de Centroamérica y Sudamérica, aunque países como Costa Rica, Argentina o Brasil, mostraban un aceptable nivel de cobertura. Véase López Puleio (2002, pp. 23-48; 2003, pp. 87-109).

prestación, pero sobre la base de un núcleo institucional, fuerte, visible, integrado en general, con funcionarios de carrera a los que eventualmente se les suman abogados contratados por tiempo o por casos, según las necesidades que presente el servicio, gestionado por un director o defensor general.

Ahora, no puede soslayarse una cuestión que es principal para el análisis y observación de cualquier modelo de asistencia legal gratuita: la mayor o menor autonomía funcional de la institución, derivará en la mayor o menor posibilidad de diseñar y ejecutar políticas propias de acceso a la justicia. Y esta es una de las grandes diferencias entre los actuales y los antiguos sistemas de prestación. Establecer políticas públicas de y para la defensa pública significa señalar caminos de fortalecimiento y superación de las problemáticas típicas de la defensa de derechos y el patrocinio jurídico, y no de otras cuestiones que corresponden a organismos diversos de la administración de justicia. Piénsese por caso en la nimia posibilidad de recurrir a los organismos internacionales de protección de derechos humanos, responsabilizando al Estado por la violación de derechos fundamentales –que incluye a las decisiones tomadas u omitidas por el Poder Judicial– si a la vez la defensa pública depende del organigrama de ese mismo Poder Judicial y se encuentra hasta inhibida de realizar convenios por sí, con instituciones afines. Similar consideración corresponde realizar respecto del Ministerio Público Fiscal, en tanto titular de la acción penal pública; en este sentido, baste pensar en el seguro *lobby* de sectores de mano dura que siempre argumentarán que existe un mejor destino presupuestario para investigar delitos que para defender “criminales”.

Entonces esas acciones y políticas coadyuvarán para la mejor defensa técnica del caso individual que le toque representar a un defensor público determinado, complementando la cobertura de otras necesidades de los asistidos por la defensa pública, colaborando así con la mejor solución jurídica del caso individual y en la protección de otros derechos desguarnecidos.

Un claro ejemplo de lo afirmado puede verse en relación con las mujeres detenidas. Más allá de la provisión de un defensor público, que instará excarcelaciones o arrestos domiciliarios, se necesitan programas y acciones institucionales que interactúen a niveles diversos de los estrictamente judiciales, para, en la medida de lo posible, poder conseguir un domicilio para quienes, por su extrema vulnerabilidad o por tratarse de mujeres migrantes sin contención familiar, no cuentan con ellos.

Las evidentes desigualdades a la hora de reconocer los derechos que asisten, entre otros, en el ámbito de ejecución de la pena, se observan como patrones discriminatorios desde el momento en que están ligados, más que a la buena conducta, a criterios tales como las posibilidades de ocupación, el nivel educativo o a la familia, lo que excluye justamente a los más vulnerables, reproduciendo y acentuando las desigualdades sociales y de oportunidad; el escenario se muestra como de “prisonalización en masa de la pobreza, generada por una degeneración clasista de la

justicia penal, y sostenida por una ideología de la exclusión que criminaliza a los pobres, los marginales, o peor aún, a los que son considerados diferentes... bajo la insignia de una antropología racista de la desigualdad" (Ferrajoli, 2008a, pp. 78-79).

Como afirma Natalia Gherardi: "no resulta sorprendente que las mujeres –que universalmente se encuentran en inferioridad de condiciones en términos de legitimación y poder– estén más desprotegidas también en el momento de requerir asistencia legal. La información disponible indica que la desigualdad de género tiene un fuerte correlato con la pobreza" (Gherardi, 2006, pp. 129-175). En este esquema, también deben establecerse resguardos especiales para la asistencia jurídica en materias no penales de las mujeres presas, ya que la precariedad de sus lazos familiares y de contención y la relación con sus hijos, se ven todavía más resquebrajadas. Ningún modelo de prestación de defensa técnica efectiva puede desconocer esta realidad, ni los efectos devastadores que la prisión tiene para las madres de hijos pequeños, y para estos mismos niños. Este es uno de los campos fértiles para la elaboración de acciones de litigio estratégico por parte de las defensorías públicas.

Las tremendas dificultades para hacer valer sus derechos que tienen las mujeres presas, se suman a las conocidas e infaustas penurias que sufren los detenidos en toda la región, y que ha merecido en los últimos años una enérgica reacción tanto de la CIDH como de la Corte IDH en sus respectivos ámbitos; pero en lo que tiene que ver con las mujeres presas, a partir del caso *Del penal Castro Castro v. Perú*, de 2006, para la Corte IDH, las condiciones de encierro adquieren respecto de aquellas, una dimensión propia.¹⁴ Esa dimensión se ve potenciada por el aumento sideral, progresivo y constante de la tasa de prisionalización de mujeres. Por caso en Argentina, en los últimos 20 años y en el ámbito de la justicia federal, su crecimiento fue del 350%.¹⁵

Otras cuestiones consabidas en esta problemática, como las enormes distancias entre los lugares de residencia de las familias de las presas y las cárceles de mujeres en donde se encuentran detenidas –lo que se ve acrecentado en los países de organización federal– constituyen ámbitos para que las defensorías puedan generar instancias de colaboración entre sus diversos integrantes, ubicados en lugares distantes, pero con una superintendencia general común. Tanto más si los servicios se descentralizan territorialmente y sus miembros tienen mandatos expresos que les imponen realizar visitas periódicas y controlar las condiciones en las que se cumple (o se debería cumplir de acuerdo con las normas aplicables) el encierro de las personas privadas de su libertad.

¹⁴ Véase nota 3. Cuantiosos son los estudios realizados en América Latina que dan cuenta de esta realidad; véase entre tantos otros, CEJIL (2007) y Briseño López (2006).

¹⁵ Datos del Servicio Penitenciario Federal, Informe Anual del Ministerio Público de la Defensa 2007. En el incremento hay que considerar la incidencia de los delitos relacionados con el tráfico de drogas.

El diseño de políticas específicas y el establecimiento en los organigramas internos de las defensorías, de programas y comisiones para la protección de sectores especialmente vulnerables, se fundamenta en la necesidad de realizar observaciones generales del funcionamiento total del sistema, para poder intervenir, como actor institucional relevante, en la discusión de la agenda política ligada a la administración de justicia y a la protección de los derechos. En este sentido, los altísimos porcentajes de intervención de las defensorías públicas de América Latina en relación con los casos totales del sistema penal (que van del 70 a 95%) hablan por sí solos. Esta observación general impulsa, a la vez, intervenciones institucionales *colectivas* e intervenciones institucionales guiadas por principios de litigio estratégico, sobre todo cuando las violaciones de derechos se han vuelto generalizadas y sistemáticas.

Los servicios de defensa pública deben prestar especial atención al diseño de estrategias de defensa penal bajo una perspectiva de género; y más allá de la independencia técnica de cada defensor público, instar recomendaciones generales que atengan a esas consideraciones, con indicación de precedentes jurisprudenciales y de doctrina especializada, de manera de fijar estándares de actuación que respondan a aquella. Estas recomendaciones y líneas de actuación pueden encaminarse también a atacar la constitucionalidad de normas discriminatorias o las prácticas concretas de afectación de derechos de las mujeres por parte del personal penitenciario y de las fuerzas de seguridad, pero también por integrantes del Poder Judicial y Ministerio Público. Así, habrá que estar muy atentos a, por ejemplo, cómo se realizan las medidas de prueba en relación con las imputadas.

En el mismo campo de las defensas penales, un espacio sobre el que es imprescindible trabajar, porque denota que permanecen vigentes criterios discriminatorios en la justicia –y en la sociedad–, es el de las mujeres imputadas por homicidios realizados en legítima defensa, respondiendo a situaciones de agresión de sus esposos o convivientes. Como dice Julieta Di Corleto, la paradoja es que el número de casos de este tipo es bastante bajo a nivel estadístico; sin embargo, son los que aparecen con mayor visibilidad; así, el análisis de estas situaciones exige no sólo superar tradicionales criterios dogmáticos, sino impulsar la consideración del contexto de violencia en el cual estas mismas mujeres se defienden (Di Corleto, 2006).

El escenario que dejaban en Latinoamérica los formalmente derogados esquemas inquisitivos, y más allá de la puesta en vigencia de normas de procedimiento compatibles con los derechos humanos, exigía un movimiento reformista integrador que modificara preceptos en las leyes sustantivas (algunas de las cuales consolidaban estereotipos de discriminación directa para las mujeres), que incluyera la perspectiva de género en disposiciones procesales e impulsara cambios culturales en las rutinas y prácticas de los tribunales y penitenciarias, buscando sensibilizar y

capacitar en cuestiones de género a los operadores judiciales. Este camino todavía necesita ser recorrido.¹⁶

Interesante en este sentido es una encuesta realizada por la Defensoría Penal Pública de Chile, donde algunos de sus integrantes aludían a que no evaluaban consideraciones de género para la estrategia de sus casos porque las creían “poco relevantes”, puesto que ellos argumentaban “desde lo jurídico”. Sin embargo, cuando se explayaban sobre el contenido jurídico de sus defensas, se ponía en claro que en verdad habían desarrollado una teoría del caso desde el lugar de una perspectiva de género, pero no eran conscientes de ello (Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, 2005, pp. 100-101). Esta situación, seguramente replicada en tantos otros lugares, expone la necesidad de desarrollar planes de capacitación específicos.

Una cuestión de relieve para la actuación de los defensores públicos, que se basa en estándares fijados en el derecho internacional de protección de derechos humanos, tiene que ver con una situación diversa: la de la necesaria consideración de perspectivas de género para que, por ejemplo, en la defensa técnica de una persona imputada de un delito contra la integridad sexual, se evite realizar planteos estereotipados y discriminatorios sobre el pasado sexual de la víctima. En el reseñado informe sobre *Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia*, la CIDH señaló críticamente las interpretaciones discriminatorias de evidencias en casos de violencia contra las mujeres (párrs. 155,157), y dio pautas sobre valoraciones adecuadas en casos de violencia sexual, con cita del antecedente *MC. v. Bulgaria* de la Corte Europea (párr. 51).¹⁷ Aunque ello no debería obstar a que se produzca prueba de descargo en relación con las circunstancias en las que se realizó el hecho.

Como se expresó, la descripción realizada respecto de la simétrica relación entre la reforma de la justicia penal y la estructuración de las defensorías públicas, derivó en la mayoría de países latinoamericanos, por lo menos en una primera etapa, en la existencia de una también mayoría de sistemas con cobertura de prestación jurídica prácticamente exclusiva para imputados y condenados. Luego de algún tiempo comenzaron dos debates ligados al ámbito de cobertura y la actuación funcional: el referido a la defensa y patrocinio jurídico de las víctimas de delito y querellantes (que muchas veces constituye un “agujero negro” de las respectivas legislaciones orgánicas, porque no contienen previsión alguna en este sentido) y el

¹⁶ Véase Rodríguez (2007), Bergallo (2007), pp. 629-683) y ELA (2009).

¹⁷ Véase el comentario de Arduino y Sánchez (2007) sobre una decisión en un caso similar por parte de la Corte Constitucional de Colombia: Sentencia No. T-453 de 2005, Expte. T-1004602: acción de tutela instaurada por Sandra Lilibiana Orejarena Troya contra el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Bucaramanga. También, Arduino y Sánchez (2009, p. 71).

referido a la necesidad de ampliar los niveles de cobertura hacia materias no penales, en especial familia, menores de edad y derechos económicos sociales y culturales (DESC); es decir, en constituirse como defensorías integrales.

Respecto de la primera cuestión, el debate se generó a partir de lo que podría verse como una incompatibilidad por parte de un mismo órgano para dar asistencia a partes procesales antagónicas. Ciertamente es que eso también ocurre en los casos de conflictos de interés para la defensa de dos o más coimputados en cualquier proceso, donde deberán intervenir defensores diversos, o incluso, si las defensorías cuentan también con defensores civiles y de menores, es común que se presenten casos donde todos defenderán aspectos diversos y en entredicho referidos al mismo hecho. Más allá de la importancia de su definición legislativa, la solución podría encaminarse según la descripción organizativa que tenga la institución de que se trate; así, las defensorías públicas que gozan de autonomía funcional suelen organizar la prestación del servicio según áreas de experticia, y podrían ser conceptualizadas como aseguradoras de la garantía de acceso a la justicia de todos aquellos que teniendo derecho a la asistencia jurídica y ayuda legal, encuentren obstáculos económicos o de otra índole para el acceso a un abogado.¹⁸ Pero en todo caso, se debe ser prudente para la ampliación fáctica de los ámbitos de cobertura, máxime si no pueden asegurarse a nivel de recursos las exigencias que demande su consecución. La cuestión es no generar expectativas que luego no puedan ser asumidas. Por eso en estos casos, probablemente sea conveniente comenzar con proyectos piloto; pero resulta claro que si el debate se presenta en la defensa pública,¹⁹ es porque una necesidad de acceso a la justicia por parte de un grupo vulnerable necesita ser satisfecha.

Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, establecen expresamente en su capítulo II, sección 2o.:

Se destaca la conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales; ya sea a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública, no solamente en el orden penal, sino también en

¹⁸ Véase en este sentido el Principio 20 de la Declaración de Principios sobre Defensa Pública. en ILANUD (1991, p. 137). También, debe cuidarse de no limitar el acceso a un defensor público en virtud de consideraciones restrictivas sobre los criterios de pobreza.

¹⁹ Un caso paradójico ocurrió en Guatemala, cuando el Instituto de la Defensa Pública Penal instó la ejecución de un programa de asistencia y patrocinio jurídico para mujeres víctimas de violencia que no contaban con la posibilidad de ser representadas por un abogado, y el Colegio de Abogados de aquel país instó una acción de inconstitucionalidad argumentando que la defensa pública penal sólo podía intervenir en defensa de imputados o condenados (Acción de Inconstitucionalidad, Expte. 3569/2007).

otros órdenes jurisdiccionales; ya sea a través de la creación de mecanismos de asistencia letrada: consultorías jurídicas con la participación de las universidades, casas de justicia, intervención de colegios o barras de abogados.

Lo señalado en párrafos anteriores, también hace ver la necesidad de que las defensorías públicas sean consultadas y escuchadas para la toma de decisiones legislativas o de otro carácter ligadas a los ámbitos de provisión de servicios de asistencia jurídica²⁰ y que insten la conformación de redes con otras organizaciones con las que comparten temáticas, proyectos e intereses. Las cuestiones no penales son las que suelen exponer un mayor nivel de indolencia respecto de la imposibilidad para los vulnerables de acceder a un abogado o acceder a la jurisdicción. En relación con la importante labor que respecto a la violencia de género desarrollan muchas organizaciones no gubernamentales, que llegan incluso a establecer servicios de asesoramiento legal, nótese que en la mayoría de los casos no se presta patrocinio jurídico gratuito para la tramitación de los procesos de todas las que así pudieran requerirlo, en virtud de los elevados costos que ello representa.²¹

3. Los datos: asistencia y representación de las mujeres por parte del Ministerio Público de la Defensa de Argentina

Hasta hace pocos años, el Ministerio Público de la Defensa de Argentina²² no había percibido la importancia de relevar estadísticas propias que pudieran ofrecer datos de diversas variables según el interés de la defensa pública, no sólo como mecanismos de control de gestión sino para el diseño de planes y políticas acordes a los objetivos institucionales. De hecho, a los fines de su relevamiento, el Ministerio Público de la Defensa tampoco distinguía entre sus asistidos varones y mujeres.

Lo que sigue son algunos datos cuantitativos que dan cuenta del nivel de cobertura del servicio de defensa pública federal, y de diversas variables que incluyen a mujeres. Estos datos constan en el área de Estadísticas de la Defensoría General de la Nación (DGN), organismo superior jerárquico del Ministerio Público de la Defensa.

²⁰ Conforme lo prevé el artículo 51, inc. k), de la LO 24.946 sobre Ministerio Público de la Defensa en Argentina.

²¹ Véase CLADEM (2006, p. 15).

²² Desde la reforma de la Constitución Nacional de 1994 la Defensoría General de la Nación es un organismo con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene a su cargo la defensa en materia federal en todo el país. Además, en la ciudad de Buenos Aires, tiene a su cargo la defensa en materia de derecho común (cuestiones civiles, de familia). En ambos casos, con cobertura integral de materias.

Tabla 1. Asistidos/defendidos por la Defensa Pública, por fuero. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Segundo semestre 2007 y primer semestre 2008

Fuero	Defensoría	Asistidos		Total Asistidos	% Mujeres
		Hombres	Mujeres		
Fuero Correccional	Correccional	13305	4325	17683	24,46%
Fuero Federal	Criminal y Correccional Federal	4607	1083	5690	19,03%
	TOCF - Capital	842	250	1092	22,89%
Total Fuero Federal		5449	1333	6782	19,65%
Fuero Criminal	Instrucción	18098	3271	21369	15,31%
	TOC	5847	622	6109	10,18%
Total Fuero Criminal		23945	3893	27478	14,17%
Fuero en lo Penal de Menores	Instrucción Menores	4643	1665	6308	26,40%
	TOM	1203	99	1302	7,60%
Total Fuero en lo Penal de Menores		5846	1764	7610	23,18%
Fuero en lo Penal Económico y Penal Tributario	Penal Económico 1ra Instancia	547	233	780	29,87%
	TOPE	223	109	332	32,83%
	Penal Tributario	81	23	104	22,12%
Total Fuero en lo Penal Económico y Penal Tributario		851	365	1216	30,02%
Total Capital		49,369	11,680	60,769	19,22%

Fuente: Estadísticas DGN elaboradas a partir de datos proporcionados por los Defensores Públicos Oficiales.

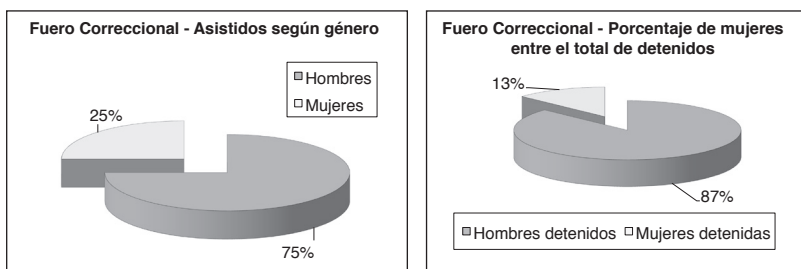
Tabla 2. *Defendidos por la Defensa Pública, por fuero. Ciudad de Buenos Aires. Segundo semestre 2007 y primer semestre 2008*

Fuero	Defensoría	Detenidos		Total Detenidos	% Detenidos	% Mujeres Detenidas
		Hombres	Mujeres			
Fuero Correccional	Correccional	80	12	92	0,52%	13,04%
Fuero Federal	Criminal y Correccional Federal	112	33	145	2,55%	22,76%
	TOCF - Capital	195	48	243	22,25%	19,75%
Total Fuero Federal		307	81	388	5,72%	20,88%
Fuero Criminal	Instrucción	1408	141	1549	7,25%	9,10%
	toc	2340	156	2496	40,86%	6,25%
Total Fuero Criminal		3748	297	4045	14,72%	7,34%
Fuero en lo Penal de Menores	Instrucción Menores	224	42	266	4,22%	15,79%
	tom			372	28,57%	
Total Fuero en lo Penal de Menores		224	42	638	8,38%	6,58%
Fuero en lo Penal Económico y Penal Tributario	Penal Económico 1ra Instancia	256	84	340	43,59%	24,71%
	tope	177	93	270	81,33%	34,44%
	Penal Tributario	6	2	8	7,69%	25,00%
Total Fuero en lo Penal Económico y Penal Tributario		439	179	618	50,82%	28,96%
Total Capital		4.798	611	5.781	9,5%	10,56%

Fuente: Estadísticas DGN elaboradas a partir de datos proporcionados por los Defensores Públicos Oficiales.

Los gráficos que siguen a continuación (1 a 4) muestran el porcentaje de mujeres asistidas por la defensa pública penal y el porcentaje de mujeres detenidas, en relación con el total de la población. Esta información se presenta separada por los fueros de actuación de la Defensoría Pública en la ciudad de Buenos Aires: en el fuero Correccional (que corresponde a aquellos delitos para los que el Código Penal prevé penas inferiores a los 3 años de detención), en el fuero Criminal (que corresponde a los delitos para los cuales el Código Penal determina una pena superior a los 3 años de prisión), y el fuero federal (que corresponde a algunas materias definidas por las normas específicas, como es el caso del tráfico de estupefacientes). Finalmente, el gráfico 4 se refiere a las mujeres asistidas y personas detenidas por delitos vinculados con el régimen penal económico y tributario (que incluye, entre otros, el contrabando de estupefacientes). En todos los casos, los datos presentan los porcentajes de mujeres asistidas y detenidas en el período comprendido entre el segundo semestre de 2008 y el primer semestre de 2009.

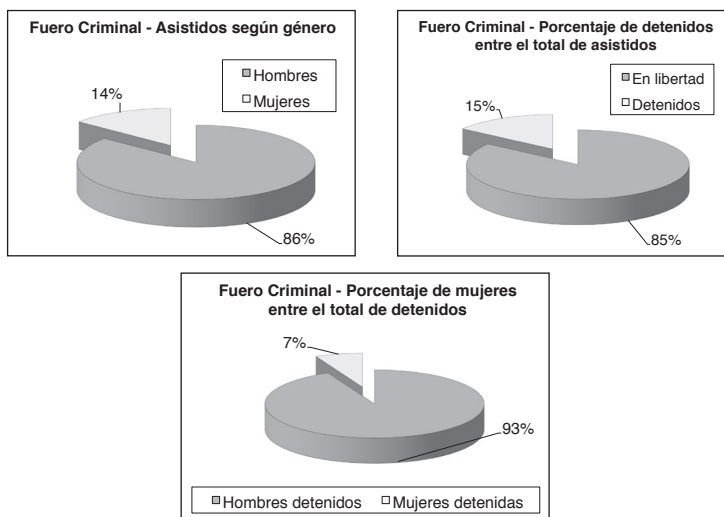
Gráfico 1. Porcentaje de mujeres asistidas y mujeres detenidas en el fuero Correccional. Ciudad de Buenos Aires. Segundo semestre 2008 y primer semestre 2009



Fuente: Estadísticas DGN elaboradas a partir de datos proporcionados por los Defensores Públicos Oficiales.

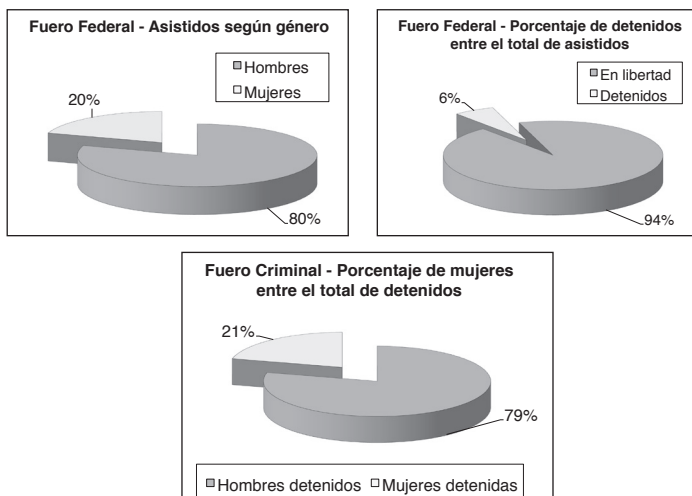
La tabla 3 muestra la relación entre las mujeres asistidas y las mujeres detenidas según las materias que trata cada uno de los diversos fueros penales en el primer semestre de 2009. Es interesante notar cómo se incrementan las detenciones de mujeres en los fueros Federal y en lo Penal Económico, que tienen competencia en tráfico de estupefacientes y contrabando de estupefacientes, respectivamente. Esta información es consistente con el importante incremento que ha sufrido la población carcelaria de mujeres en los últimos años.

Gráfico 2. *Porcentaje de mujeres asistidas y mujeres detenidas en el fuero Criminal. Ciudad de Buenos Aires. Segundo semestre 2008 y primer semestre 2009*



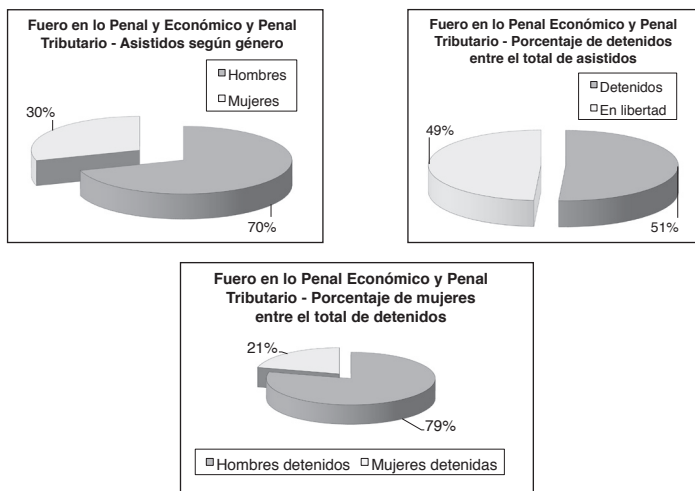
Fuente: Estadísticas DGN elaboradas a partir de datos proporcionados por los Defensores Públicos Oficiales.

Gráfico 3. *Porcentaje de mujeres asistidas y mujeres detenidas en el fuero Federal. Ciudad de Buenos Aires. Segundo semestre 2008 y primer semestre 2009*



Fuente: Estadísticas DGN elaboradas a partir de datos proporcionados por los Defensores Públicos Oficiales.

Gráfico 4. *Porcentaje de mujeres asistidas y mujeres detenidas en el fuero Penal Económico y Penal Tributario. Ciudad de Buenos Aires. Segundo semestre 2008 y primer semestre 2009*



Fuente: Estadísticas DGN elaboradas a partir de datos proporcionados por los Defensores Públicos Oficiales.

Tabla 3. *Relación entre mujeres asistidas y mujeres detenidas, según fuero. Ciudad de Buenos Aires. Primer semestre del año 2009*

	<i>Total asistidos</i>	<i>Total mujeres asistidas</i>	<i>% de mujeres asistidas</i>	<i>Total detenidos</i>	<i>Total mujeres detenidas</i>	<i>% de mujeres detenidas</i>
DPO ante los Tribunales Orales en lo Criminal	3164	288	9.10%	1105	67	6.06%
DPO ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal	530	131	24.72%	96	19	19.79%
DPO ante los Tribunales Orales en lo Penal Económico	149	49	32.89%	123	32	26.02%

Fuente: Estadísticas DGN elaboradas a partir de datos proporcionados por los Defensores Públicos Oficiales.

Hasta aquí, se presentaron datos vinculados con la actuación de la Defensoría Pública en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires. En las provincias de Argentina, las defensorías federales tienen competencia múltiple e integral y por lo tanto el número total de asistidos corresponden no sólo a la materia penal. En la tabla 4 se presenta la cantidad total de personas detenidas (varones y mujeres) en la totalidad de las provincias del país.

Tabla 4. *Total interior del país. Jurisdicción federal (competencia múltiple)*
Período: segundo semestre 2007 y primer semestre 2008

	<i>Total Asistidos</i>	<i>Total mujeres asistidas</i>	<i>% de mujeres asistidas</i>	<i>Total detenidos</i>	<i>Total mujeres detenidas</i>	<i>% de mujeres detenidas</i>
Total interior	53 167	9 689	18.22%	3 446	676	19.62%

Fuente: Estadísticas DGN elaboradas a partir de datos proporcionados por los Defensores Públicos Oficiales.

La información de la tabla 5 se refiere a una jurisdicción que engloba a las provincias del norte argentino limítrofe con Bolivia. En esa zona, es notable cómo se incrementa el total de mujeres detenidas en relación con la media del país. Estas mujeres, en su mayoría de nacionalidad boliviana, indigentes y sin resguardo familiar ni económico, son imputadas por contrabando o tráfico de estupefacientes y constituyen uno de los sectores más vulnerables representados por defensa pública federal.

Tabla 5. *Salta. Jurisdicción federal (competencia múltiple)*
Período: segundo semestre 2007 y primer semestre 2008

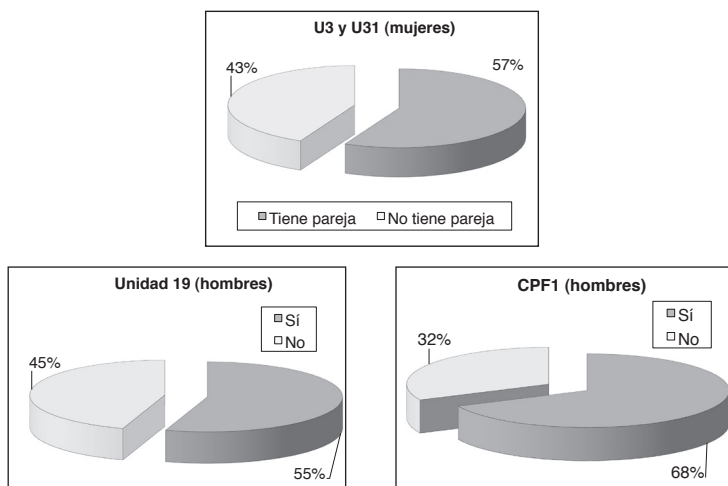
<i>Jurisdicción</i>	<i>Total Asistidos</i>	<i>Total mujeres asistidas</i>	<i>% de mujeres asistidas</i>	<i>Total detenidos</i>	<i>Total mujeres detenidas</i>	<i>% de mujeres detenidas</i>
Salta	10 804	2 448	22.66%	668	202	30.24%

Fuente: Estadísticas DGN elaboradas a partir de datos proporcionados por los Defensores Públicos Oficiales.

Uno de los casos más dramáticos en los que intervino la Defensoría Pública de la Nación se vincula con las mujeres procesadas por contrabando y tráfico de estupefacientes en la zona del noroeste de Argentina. En 2005 se presentó un recurso de *hábeas corpus* colectivo correctivo a favor de un grupo de mujeres detenidas en condiciones inhumanas –con niños de 4 y 5 años– en un tráiler de los que usan los camiones frigoríficos para transportar reces. Durante el día se les abría el portón trasero que tenía una reja tipo calabozo; a la noche se cerraba herméticamente y sólo por una mínima ventilación cercana al techo del tráiler podía entrar aire. Existía una mínima “ventilación” cercana al techo, y una especie de baño separado por un divisor.²³

Por otra parte, con el objetivo de aportar a la generación de información indispensable para el diseño y seguimiento de las políticas públicas, la Defensoría General de la Nación ha realizado una serie de encuestas en las unidades de detención de mujeres y de varones, en 2007. En los gráficos que siguen se presenta un análisis comparativo de los datos resultantes de las encuestas realizadas en las Unidades 3 y 31 de mujeres y la Unidad 19 y el Centro Penitenciario Federal No. 1 de hombres durante mayo de 2007.

Gráfico 5. Porcentaje de mujeres y varones según existencia de pareja

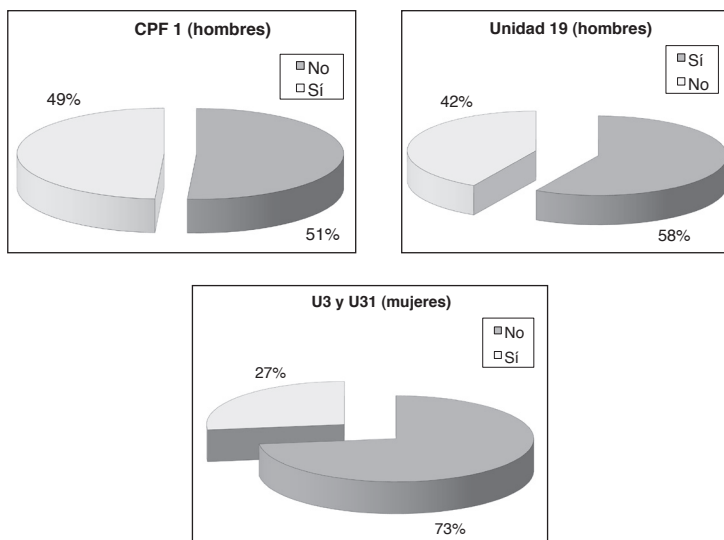


Fuente: Estadísticas DGN elaboradas a partir de encuestas aplicadas en mayo de 2007.

²³ El recurso de *hábeas corpus* fue presentado por la Comisión de Cárceles de la Defensoría General de la Nación y el defensor oficial federal de la Provincia de Salta. Véase la presentación en Ministerio Público de la Defensa (2005: 319).

Si bien en todos los casos, más del 50% de las mujeres y varones encuestados manifestaron tener pareja, los gráficos que se muestran a continuación dejan en evidencia la situación de soledad en que se encuentran las mujeres detenidas puesto que es sensiblemente menor la cantidad de supuestos en los que las mujeres reciben visitas de sus parejas en el penal. Mientras que al menos 50% de los varones las reciben, menos del 30% de las mujeres manifiesta recibir visitas de sus parejas.

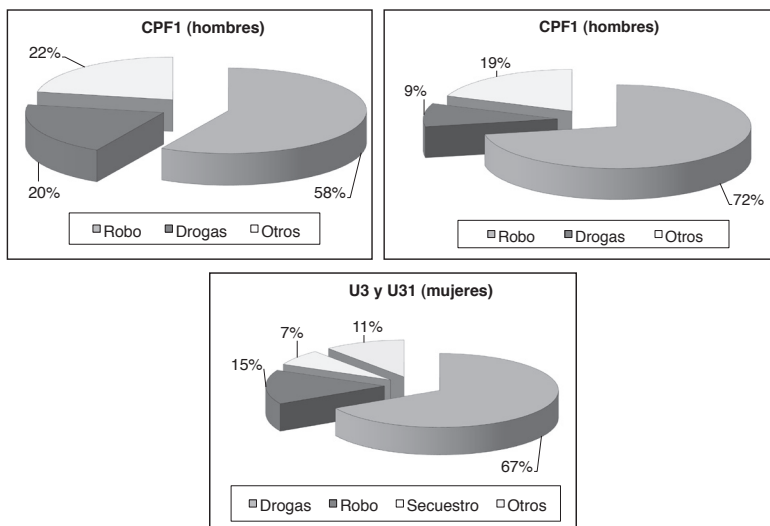
Gráfico 6. *Porcentaje de mujeres y varones según visitas de la pareja en el penal*



Fuente: Estadísticas DGN elaboradas a partir de encuestas aplicadas en mayo de 2007.

Finalmente, los gráficos que se muestran a continuación brindan información sobre los delitos por los cuales mujeres y varones se encuentran privados de su libertad. Mientras que la mayoría de los varones se encuentran detenidos por hechos vinculados con robos y en un menor porcentaje por motivos vinculados con drogas, esta proporción se invierte en el caso de las mujeres detenidas.

Gráfico 7. Porcentaje de mujeres y varones según el delito por el que se encuentra detenida/o



Fuente: Estadísticas DGN elaboradas a partir de encuestas aplicadas en mayo de 2007.

4. Políticas activas de la Defensoría General de la Nación para favorecer el acceso a la justicia de las mujeres

La atención de los sectores más desprotegidos y la puesta en marcha de políticas y mecanismos para efectivizar sus derechos y favorecer el acceso a la justicia constituye uno de los grandes objetivos de la Defensoría General de la Nación.

Esta afirmación no sólo es una exigencia surgida de una comprensión integral del fenómeno de la ayuda legal, sino que es un imperativo de la igualdad, que en el caso argentino se deriva incluso de la Ley Orgánica del Ministerio Público 24.946.²⁴ El artículo 51, inciso e), establece como deber de Defensor General de la Nación

²⁴ La Ley fue aprobada en marzo de 1998. En el sistema federal argentino, por disposición del artículo 120 de la Constitución Nacional, el Ministerio Público es un organismo bicéfalo –Ministerio Público Fiscal y Ministerio Público de la Defensa–, concebido como un órgano extrapoder. Ambas ramas se organizan de manera totalmente autónoma y los defensores y fiscales son magistrados en condiciones de igualdad con los jueces. La Ley 24.946 contiene disposiciones generales que abarcan a ambos sectores y luego regula cada institución por separado, de acuerdo a las diversidades funcionales. El Defensor General tiene atribuciones amplias de superintendencia que le permiten administrar las diversas contingencias del servicio con cierta flexibilidad.

“promover y ejecutar políticas para facilitar el acceso a la justicia de los sectores discriminados”. Para dar cumplimiento a esta obligación, no es suficiente la asignación de un abogado público en los casos que fuera requerido. Antes bien, es preciso desplegar todas las iniciativas posibles para resguardar en su amplitud los derechos afectados.

En los párrafos que siguen se describen ciertas acciones, planes y programas desarrollados por la Defensoría General de la Nación que guardan relación o muestran puntos de contacto con los derechos de las mujeres y sus salvaguardas específicas, con el propósito de contribuir a su efectivo acceso a la justicia, entendido de manera integral.

Programas y Comisiones de la Defensoría General de la Nación²⁵

Comisión sobre Temáticas de Género

Con sustento en las normas de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como Convención de *Belém do Pará*), en agosto de 2007 se aprobó la Resolución, de la DGN, 1154 que crea la Comisión sobre Temáticas de Género. La Comisión tiene por objetivo denunciar las prácticas de discriminación contra las mujeres en la justicia, asumiendo un rol activo en la elaboración de estrategias para neutralizarlas, en especial, en los casos de mujeres víctimas de violencia o mujeres en conflicto con la ley penal.

En el marco de sus funciones, la Comisión sobre Temáticas de Género asesora e interviene en procesos judiciales vinculados con su objetivo; participa en la elaboración de recomendaciones e instrucciones del Defensor General de la Nación a los defensores públicos, a fin de garantizar los derechos de las mujeres en relación con la justicia; recopila y distribuye jurisprudencia y estándares del derecho internacional de los derechos humanos ligados a los derechos de las mujeres; realiza investigaciones y estudios que permitan dar cuenta de las problemáticas que conforman la actividad de la Comisión; lleva adelante programas de difusión de información sobre derechos de las mujeres; promueve la firma de convenios de cooperación y asistencia técnica con organizaciones no gubernamentales, y otras instituciones cuyos objetivos coincidan con ésta; y propone al Defensor General de la Nación implementar, en el ámbito interno del Ministerio Público de la Defen-

²⁵ Para una descripción más completa, véase los Informes Anuales del Ministerio Público de la Defensa al Congreso de la Nación de 2005 a 2009.

sa, medidas específicas para la comprensión de la discriminación contra las mujeres, favoreciendo la incorporación de estrategias de defensa con perspectiva de género.

La capacitación ha sido un eje principal de su actividad, realizando seminarios de discusión crítica con otros actores de la justicia y demás ámbitos, y dictando jornadas internas de capacitación que se establecieron como obligatorias para todos los integrantes, no sólo los letrados.

En tanto sea de interés institucional, la Comisión colabora con los defensores públicos individuales en los litigios que representan, coadyuvando para que los derechos de las mujeres sean visibilizados.

Esta Comisión ha tenido una profusa actividad en materia de comunicación institucional y publicaciones. Entre ellas se destaca el libro *Mujeres privadas de libertad. Limitaciones al encarcelamiento de las mujeres embarazadas o con hijas/os menores de edad*, Ministerio Público de la Defensa, Unicef, 2009 y las cartillas informativas *Guía de Recursos para la Asistencia de Mujeres Víctimas de Violencia en la Ciudad de Buenos Aires*, 2007; *Restricciones a la persecución penal del delito de aborto y principios de accesibilidad al aborto no punible*, 2008.

La Comisión se encuentra concluyendo para los primeros meses de 2010, una importante investigación conjunta con el CELS y la Procuración Penitenciaria de la Nación sobre las *Mujeres Privadas de Libertad en el Ámbito Federal*.

Programa Piloto para la Asistencia Jurídica (en materia no penal) a Mujeres Privadas de Libertad

Este Programa se ocupa de ciertas necesidades de las mujeres presas señaladas a lo largo de este trabajo. Son las que se relacionan con las típicas preocupaciones jurídicas ligadas a cuestiones de familia y derecho civil que no pueden ser canalizadas mediante la actuación del defensor público penal que regularmente las visita en sus unidades de detención. El limitado número de defensorías oficiales civiles (que en Argentina se constituyen vía legislativa) hace dificultoso que sus titulares puedan, además de acudir a sus audiencias, dirigirse con periodicidad a los centros de detención. Así se crea en diciembre de 2007 por Resolución, de la DGN, 1966/07 este Programa, reservado para las cárceles de mujeres 3 y 31 que son aquellas dependencias donde el servicio penitenciario federal aloja mujeres con hijos menores de edad hasta 4 años.

El Programa se integra con letrados que actúan como defensores públicos *ad-hoc*, que no sólo brindan asesoramiento jurídico sino también patrocinio jurídico gratuito.

Comisión de Cárceles

Esta Comisión es una de las más antiguas del Ministerio Público de la Defensa ya que fue creada por Resolución, de la DGN, 158/98, de febrero de 1998. Su ámbito principal de actuación se vincula con la verificación de las condiciones generales de encierro, alimentación y atención médica de los detenidos en todas las unidades penitenciarias de país, o en otros centros de detención, por lo que realiza visitas continuas a ellas.

Entre sus amplios objetivos, se encuentra la promoción de aplicación de estándares de derechos humanos en el ámbito penitenciario, interponiendo recursos para efectivizarlos; brindar un servicio de consulta telefónica permanente; y constituir equipos de trabajo integrando a las diversas defensorías federales del interior del país ante los casos de reclamos individuales que no hayan obtenido acogida favorable, impulsando acciones colectivas para la protección de derechos violentados de manera generalizada. También interactúa constantemente con diversos organismos que se ocupan de los derechos de los detenidos, así como con las agencias ejecutivas para la superación de problemas ligados a la desprotección de los derechos de los internos, interviniendo en propuestas de reformas reglamentarias y legislativas.

Con relación a las problemáticas de las mujeres en prisión, merece destacarse que se encuentra en edición una profunda investigación sobre *Perfil de los Internos en las Unidades Penitenciarias Federales*, realizada en conjunto con el Centro de Estudios para la Calidad en el Servicio de Justicia. Su objetivo central se centró en conocer el contexto social, económico y cultural del defendido y defendida, y se basó en el método de encuestas que se realizó sobre un universo de 1 441 detenidas y detenidos en un período de tres años.

Merece destacarse la atención preferente, junto con la Comisión de Género, de las mujeres embarazadas o con niños pequeños, y la labor realizada con los médicos integrantes del Cuerpo de Peritos y Consultores Técnicos de la Defensoría General de la Nación.

Programa para la Atención de Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad

Este programa constituye otro ámbito especialmente reconocido para la superación o morigeración de tantas cuestiones ligadas a las mujeres, vinculadas con desigualdades socioeconómicas y que exigen por tanto una actuación en ámbitos diversos de los judiciales. La Comisión se integra con asistentes sociales y abogados y fue creada por Resolución, de la DGN, 441/06 de marzo de 2006.

El trabajo de la Comisión de Atención de Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad cristaliza muchos de los enunciados señalados con anterioridad, ligados a la necesidad de previsión de políticas públicas por parte de las defensorías de pobres para brindar coberturas que exceden las meramente técnicas jurídicas. Ante la inexistencia de este tipo de espacio, las problemáticas sociales cargaban la actividad de los defensores públicos que no podían resolver problemas que requerían el diseño de planes de acción generalizada y con interacción interinstitucional.

La población destinataria de este programa está compuesta por todas las personas asistidas por dependencias del Ministerio Público de la Defensa y sus grupos familiares. Para el programa, la “familia” es concebida en un sentido amplio, de modo que se incluye no sólo a los integrantes de la familia nuclear, sino a los de la familia extensa y a referentes afectivos en general, en la medida que requieran alguna intervención vinculada o que repercuta con el acceso a los derechos de los defendidos.

El Programa tiene una incesante actividad en el tendido de redes sociales e institucionales, coordinando y articulando incluso acciones de índole preventiva. Merece destacarse su actuación en cuestiones ligadas a documentaciones; acceso a prestaciones sociales para familias en situación de vulnerabilidad; acceso a recursos habitacionales para privados de su libertad en condiciones de acceder a su excarcelación o arrestos domiciliarios o para personas en situación de calle; acceso a servicios de salud; realización de informes sociales solicitados por las defensorías públicas oficiales; vacantes en establecimientos escolares; acceso a pensiones asistenciales o pasajes gratuitos para los defendidos e incluso para los familiares sumidos en la pobreza cuando los defendidos se encuentran privados de libertad en centros distantes de su domicilio.

Otros programas vigentes

En la Defensoría General de la Nación funcionan también otras Comisiones y Programas que procesan contenidos y gestionan actividades ligadas a necesidades específicas de las mujeres y el acceso a la justicia. Entre ellos, puede mencionarse al Programa sobre Diversidad Cultural creado por Resolución de la DGN No. 1290/08; la Comisión para la Asistencia Integral al Refugiado y Peticionante de Refugio, constituida por Resoluciones, de la DGN, 1071/07 y 2049/07; la Comisión del Migrante, creada por Resolución, de la DGN, 1858/08 y la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes, creada por Resolución, de la DGN, 841/06.

Litigio estratégico internacional con perspectiva de género

La Ley Orgánica del Ministerio Público 24.946 otorga competencia al Defensor General de la Nación para acudir a los organismos internacionales de protección de derechos humanos, para la protección de derechos de los defendidos (artículo 51, inciso v).

Desde 1998 funciona en la Defensoría un Programa para la Aplicación de Tratados sobre Derechos Humanos (Resoluciones, de la DGN, 370/98, 1275/98, 1337/05 y 1507/05) cuyo objetivo se concentra en la necesidad de asumir en el ámbito interno las previsiones del derecho internacional de los derechos humanos. Para alcanzar este objetivo se trabaja con medios diversos que incluyen una capacitación específica; publicaciones y banco de datos de jurisprudencia; detección temprana de casos de violación sistemática y paradigmática de derechos humanos; y decisión sobre perseguir litigios en el ámbito internacional en tanto así se decida por el Defensor General, previo dictamen de un defensor oficial integrante de la comisión constituida a estos fines.

La Defensoría General ha acudido a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en cerca de 50 casos, denunciando violaciones diversas de derechos humanos que suelen mostrar patrones judiciales indicativos de atropellos generalizados de derechos fundamentales. Algunos de estos casos se encuentran en la etapa de solución amistosa con el Estado argentino.

En diciembre de 2006, la Defensoría General presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por violación del derecho a una defensa técnica eficaz y a la garantía contra la autoincriminación, respecto a mujeres condenadas sobre la base de estereotipos peligrosistas y prejuicios de género.²⁶

Asistencia y patrocinio jurídico gratuitos para personas víctimas de delitos

En la legislación argentina no se prevé la asistencia y patrocinio jurídico gratuito para las personas que han sido víctimas de delitos. Para reparar esa omisión legal y permitir el acceso a consejo legal y a la justicia, la Defensoría General viene desarrollando este Programa que otorga patrocinio a la víctima que en razón de su vulnerabilidad no pudiera acceder a un letrado para que la patrocine para constituirse como querellante. Es condición para acceder a este programa que la situa-

²⁶ Se trata del caso Sara Pilar Ibáñez, declarado admisible en agosto de 2009. Otro caso denunciado por la Defensoría General de la Nación es el de la Sra. Sandra Beatriz Chávez, donde se recurrió a argumentos peligrosistas y prejuicios de género en la fundamentación de la sentencia.

ción guarde relación con objetivos institucionales, como en el caso de denuncias de violencia institucional o en temáticas ligadas al ámbito de actuación de las comisiones de la Defensoría General de la Nación.

Para llevar adelante este programa, se han firmado Convenios de Colaboración entre el Ministerio Público de la Defensa, el Ministerio de Justicia y el Colegio Público de Abogados, de abril de 2008, fijando pautas de derivación de casos de *víctimas* que no sean asumidos por la Defensoría Oficial, para la representación por parte de abogados del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

Otras iniciativas

Hay otras iniciativas impulsadas por la Defensoría General de la Nación que se proponen contribuir al acceso a la justicia. Entre ellas, las Recomendaciones Generales dictadas por la DGN para la protección de niñas y mujeres defendidas por el Ministerio Público de la Defensa y su derecho a una defensa técnica efectiva (entre tantas otras, Resoluciones, de la DGN, 896/07, 952/07, 491/08, 1844/08, 1024/05, 1586/07); el Convenio firmado con la Oficina de Violencia Doméstica que funciona en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante el cual se constituyó a partir de 2009 un grupo de letrados de la Defensoría General de la Nación para otorgar asistencia jurídica previa a quienes acudan a esa Oficina, y eventualmente efectivizar derivaciones a las defensorías civiles, de menores o al programa de querellas, según corresponda.

La Defensoría también se adhirió a la iniciativa impulsada, en 2009, por la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que se propone realizar un Mapa de Género de la Justicia Nacional, aportando datos internos del Ministerio Público de la Defensa.

Finalmente, la Defensoría resolvió la constitución de Defensorías Temáticas de Menores e Incapaces para la protección de las víctimas de trata en virtud del Convenio celebrado con el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación y su programa “Las Víctimas Contra las Violencias” (Resolución, de la DGN, 1663/08).

5. Palabras finales

Los programas e iniciativas de la Defensoría General de la Nación buscan contribuir a la concepción de un Estado que no sólo debe abstenerse de realizar actos que dificulten u obstruyan el acceso a la justicia sino que además debe tomar acciones hacia una dimensión positiva del acceso a la justicia. Esta concepción re-

quiere el establecimiento de un sistema judicial que permita la efectiva garantía de derechos a través de mecanismos y programas para facilitar la asistencia legal gratuita, tanto en causas penales como en el ámbito civil.

Esta novedosa institucionalidad para la defensa y protección de los sectores más vulnerables requiere que se creen las condiciones para constituir un cuerpo de profesionales que funcionen como asistentes íntegros de los derechos de sus defendidos. Para ello, es fundamental contar con una estructura en el ámbito del Estado que permita organizar, sistematizar y proveer asistencia y patrocinio jurídico gratuito, pero además, atender las necesidades de quienes deben representar.

BIBLIOGRAFÍA

- Arduino, I. y Sánchez, L. (2009). "Proceso penal acusatorio y derechos humanos de las mujeres", en M. V. Rodríguez, y R. Asencio, R. (comp.), *Una agenda para la equidad de género en el sistema de justicia*. Buenos Aires, Centro Interdisciplinario para el Estudio de Políticas Públicas (CIEPP) y Editores del Puerto.
- (2007). *Propuestas para la incorporación de la perspectiva de género en la reforma al Código Procesal Penal de la Nación*. Mimeo.
- Bergallo, P. (2007) "Igualdad de Género: experiencias y perspectivas para su exigibilidad judicial", en V. Abramovich, A. Bovino y C. Courtis, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*. Buenos Aires, CELS, Editores del Puerto.
- Briseño López, M. (2006). *Garantizando los derechos humanos de mujeres en reclusión*. México, Instituto Nacional de las Mujeres de México, PNUD.
- Carmona Tinoco, J. U. (2005). "Los estándares del acceso a la justicia y del debido proceso en los instrumentos internacionales y en la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos", en *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión* (tomo II). Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH).
- CEJIL (2007). *Mujeres Privadas de Libertad. Informe Regional: Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay, Uruguay*. Disponible en <http://cejil.org/sites/default/files/mujeres_privadas_de_libertad_informe_regional.pdf>.

- Centro de Documentación Defensoría Penal Pública (2005). *Defensa de mujeres en el nuevo sistema procesal penal*, Santiago de Chile (serie Estudios y Capacitación 4).
- CIDH –Comisión Interamericana de Derechos Humanos– (2007). *Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia*. Disponible en: <<http://www.cidh.org/women/acceso07/indiceacceso.htm>>.
- CLADEM (Comité de América Latina y el Caribe para la defensa de los Derechos de la Mujer Argentina) (2006). *Contra Informe, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer*. Argentina.
- Despouy, L. (2008, 13 de mayo). “Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados”, en *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo (A/HRC/8/4)*. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, párr. 23.
- Di Corleto, J. (2006). “Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, (5). Buenos Aires, Lexis Nexis.
- Dulitzky, A. E (2007). “El principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana”, en *Anuario de Derechos Humanos 2007*. Santiago de Chile, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- ELA –Equipo Latinoamericano de Justicia y Género– (2009). *Informe sobre género y derechos humanos. Vigencia y respeto de los derechos de las mujeres en Argentina*. Buenos Aires, Biblos.
- Ferrajoli, L. (2008). “Los fundamentos del Instituto de la Defensa Pública”, en *Acceso a la Justicia, Proceso Penal y Sistema de Garantías*. Ponencias del II Congreso Nacional de la Defensa Pública. Santo Domingo, Comisionado de Apoyo a la Reforma y la Modernización de la Justicia.
- _____ (2008a) “La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública”, en *Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia*. Buenos Aires, Argentina, Ministerio Público de la Defensa.
- Gherardi, N. (2006). “Acceso a la justicia y servicios jurídicos gratuitos en experiencias comparadas”, en H. Birgin y B. Kohen (comp). *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*. Buenos Aires, Biblos.
- ILANUD –Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente– (1991). *La Defensa Pública en América Latina desde la perspectiva del Derecho Procesal Penal moderno*. Costa Rica, ILANUD.
- López Puleio, M. F. (2007) “El acceso a un defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos”, en V. Abramovich, A. Bovino y C. Courtis, *La aplicación de los*

tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década. Buenos Aires, Argentina, CELS, Editores del Puerto, pp. 537-578.

————— (2003). “Asistencia Legal y la Defensa Pública”, en *Memorias de la VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Superiores de Justicia*. Cancún, México, Documento Base realizado a solicitud del Centro de Justicia de las Américas (CEJA).

————— (2002). “Justicia penal y defensa pública, la deuda pendiente”, en *Revista Latinoamericana Pena y Estado*, (5). Especial sobre Defensa Pública. Buenos Aires, Cuadernos del Instituto INECIP.

————— (en prensa). *Acceso a la Justicia Penal y Defensa Pública: modelos para armar*.

Ministerio Público de la Defensa (2005). *La defensa oficial y su impacto en la jurisprudencia*. Buenos Aires.

Plazas, F. G. (2009). “La sentencia de la Corte Interamericana en el Caso del Penal Miguel Castro Castro. Condiciones de detención y derecho de las mujeres”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Análisis de los Estándares del Sistema Interamericano*. Buenos Aires, Argentina, Ministerio Público de la Defensa, Defensoría General de la Nación.

Rodríguez, M. V. (dir.), R. Asensio, M. Álvarez, R. Faerman y P. Rodríguez Bernal (investigs.) (2007). *Reformas judiciales, acceso a la justicia y género*. Buenos Aires, Argentina, Centro Interdisciplinario para el Estudio de Políticas Públicas (CIEPP).

COLABORADORES

Enrique Bacigalupo

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires y Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Doctor *honoris causa* por las siguientes Universidades: Universidad del Aconcagua, Universidad Nacional de San Miguel, Universidad de la Escuela Libre del Derecho en Costa Rica, y la Universidad Nacional de Cuyo. Magistrado del Tribunal Supremo del Reino de España. Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Complutense de Madrid y profesor en el Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset en Madrid. Autor de 20 libros y más de 150 artículos en publicaciones especializadas en 18 países europeos y americanos.

Haydée Birgin

Abogada y presidenta del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA). Fue codirectora del Programa Justicia y Género de la Ciudad de Buenos Aires y ha dirigido los proyectos “La mujer en la agenda política parlamentaria” y “El derecho en el género y el género en el derecho”. Es asesora del Senado de la Nación y realizó consultorías para UNIFEM, la OIT, la CEPAL y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Ha publicado diversos artículos en libros y revistas argentinos y de otros países, y ha compilado los siguientes libros: *El derecho en el género y el género en el derecho* (2000), *Las trampas del poder punitivo, el género del derecho penal* (2000); *Ley, mercado y discriminación. El género del trabajo* (2000), *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias com-*

paradas (2006). Fue coautora del *Informe sobre género y derechos humanos. Vigencia y respeto de los derechos de las mujeres en la Argentina* (2005) y *Violencia familiar. Leyes de violencia familiar: ¿una herramienta eficaz?* (2005), entre otras publicaciones.

María Victoria Famá

Abogada por la Universidad de Buenos Aires y especialista en Derecho de Familia. Secretaria del Juzgado Nacional en lo Civil No. 25 con competencia exclusiva en cuestiones de familia. Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, así como investigadora del Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Coordinadora de la Carrera de Especialización de Derecho de Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Autora de diversas publicaciones en su área de especialidad.

Lorena Frías

Abogada y Maestra en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Oxford. Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Ha desarrollado programas pioneros en materia de derechos humanos con miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía, jueces y funcionarios públicos en América del Sur. Consultora en el ámbito de los derechos humanos de las mujeres para organizaciones gubernamentales, no gubernamentales y para agencias internacionales. Autora de varias publicaciones y artículos en el ámbito de los derechos humanos de las mujeres. Actualmente es presidenta de la Corporación Humanas, organización no gubernamental con sede en Chile, Colombia y Ecuador.

Lucila Larrandart

Jueza de Cámara del Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 1 de San Martín, provincia de Buenos Aires, Argentina. Profesora Consulta de Derecho Penal y Procesal Penal, Vicedirectora del Departamento de Derecho Penal y Criminología, y Directora del Grupo de Estudios sobre Género y Derecho del mismo departamento, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Autora de diversos artículos en su área de especialidad.

Elena Larrauri

Licenciada en Derecho por la Universidad de Barcelona y Doctora en Derecho Penal por la Universidad Autónoma de Barcelona. Profesora de Derecho Penal y Criminología en la Universidad Pompeu Fabra (UPF), así como Directora del Grado en Criminología y Políticas Públicas de Prevención de la UPF. Directora del Máster en Criminología y Ejecución Penal. Especialista en Género y Derecho Penal, Teorías criminológicas, Sanciones comunitarias y Política Penal. Presidenta de la European Society of Criminology. Autora de diversas publicaciones en español y otros idiomas.

María Fernanda López Puleio

Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Defensora pública oficial argentina. Ex consultora internacional de Naciones Unidas para el Fortalecimiento Institucional de la Defensa Pública en Guatemala (MINUGUA). Ha realizado consultorías e impartido cursos y conferencias sobre defensa pública en Argentina, Italia, Chile, Perú, Uruguay, Panamá, Nicaragua y República Dominicana. Autora de diversas publicaciones en su área de especialidad.

ÍNDICE

Presentación	vii
<i>Mónica Maccise Duayhe y Rodolfo Vázquez</i>	
Introducción	ix
<i>Haydée Birgin y Natalia Gherardi</i>	
Efectividad de la legislación argentina en materia de violencia doméstica: hacia una mirada integral e interdisciplinaria	1
<i>María Victoria Famá</i>	
Violencia de Género en España. Tres años después de la LO 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género	103
<i>Elena Larrauri</i>	
La protección de la mujer contra la violencia de género en España	151
<i>Enrique Bacigalupo</i>	
Control social, derecho penal y perspectiva de género	163
<i>Lucila Larrandart</i>	
La Corte Penal Internacional y los avances en materia de justicia de género: una mirada retrospectiva	211
<i>Lorena Fries</i>	

Acceso a la justicia: los retos de una defensa pública con perspectiva de género	239
<i>María Fernanda López Puleio</i>	
Colaboradores	273